كتابُ الهِبَةِ والعَطِيَّةِ(١)

٩٣١ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَا تَصِحُّ الهِبَةُ والصَّدَقَةُ فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِلَّا بِقَبْضِهِ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الهِبَةَ والصَّدَقَةَ والهَدِيَّةَ والعَطِيَّةَ مَعَانِيها مُتَقارِبَةٌ ، وكلُّها تَمْلِيكٌ فى الحَياةِ بغيرِ عِوَضٍ ، واسْمُ العَطِيّةِ شامِلٌ لِجَمِيعِها ، وكذلك الهِبَةُ . والصَّدَقةُ والهَدِيَّةُ مُتَغَايِرَان ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ كان يَأْكُلُ الهَدِيَّةَ ، ولا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ(٢) . وقال فى اللَّحْمِ الذى تُصُدِّقَ به على بَرِيرَة : « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، ولَنَا هَدِيَّةٌ »(٣) . فالظاهِرُ أن من أعْطَى شَيْئًا (٤يَنْوِى به التَّقَرُّب٤) إلى اللهِ تعالى لِلْمُحْتاجِ ، فهو صَدَقَةٌ . ومن دَفَعَ

---

(١) لم يرد هذا العنوان فى : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى الصدقة للنبى ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب قبول الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ١٥٧/٢ ، ٢٠٣/٣ . ومسلم ، فى : باب قبول النبى الهدية ورده للصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الصدقة للنبى ﷺ وأهل بيته ومواليه ، من كتاب أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٧/٣ . والنسائى ، فى : باب الصدقة لا تحل للنبى ﷺ ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨١/٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ ، ٤٩٠/٣ .

وانظر ما تقدم تخريجه فى حاشية ١١٥/٤ .

(٣) تقدم تخريجه فى : ١١٦/٤ .

(٤ ـ ٤) فى م : « يتقرب به » .

إلى إنسانٍ شيئًا لِلتَّقَرُّبِ إليه ، والمَحَبَّةِ له ، فهو هَدِيَّةٌ . وجَمِيعُ ذلك مَنْدُوبٌ إليه ، ومَحْثُوثٌ عليه(٥) ؛ فإن النبيَّ ﷺ قال : « تَهَادُوا تَحَابُّوا »(٦) . وأمَّا الصَّدَقَةُ ، فما وَرَدَ في فَضْلِها أكْثَرُ من أن يُمْكِنَنا حَصْرُه ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ إِنْ تُبْدُوا ٱلصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِىَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ويُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ ﴾(٧) . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن المَكِيلَ والمَوْزُونَ لا تَلْزَمُ فيه الصَّدَقَةُ والهِبَةُ إلَّا بالقَبْضِ . وهو قولُ أكْثَرِ الفُقَهاءِ منهم ؛ النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والحَسَنُ بن صالِحٍ ،
١٦٦/٥ و وأبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ . وقال/مالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ : يَلْزَمُ ذلك بمُجَرَّدِ العَقْدِ ؛ لِعُمُومِ قوله عليه السَّلامُ : « الْعائِدُ فِى هِبَتِه ، كَالْعائِدِ فى قَيْئِهِ »(٨) . ولأنَّه إزَالَةُ مِلْكٍ بغيرِ

---

(٥) فى م : « إليه » .

(٦) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المهاجرة ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٨/٢ . والبيهقى ، فى : باب التحريض على الهبة والهدية ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٦٩/٦ .

(٧) سورة البقرة ٢٧١ .

(٨) تقدم تخريجه فى : ١٠٤/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب هل يشترى صدقته ... ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفى : باب إذا حمل على فرس فرآها تباع ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ١٥٧/٢ ، ٢١٥/٣ ، ٧١/٤ . ومسلم ، فى : باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ... ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٣٩/٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب البيوع ، وباب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ ، ٢٩٣/٨ . والنسائى ، فى : باب شراء الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨٢/٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ والإمام مالك ، فى : باب شراء الصدقة والعود فيها ، من كتاب الزكاة . الموطأ ٢٨٢/١ .

عِوَضٍ ، فلَزِمَ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ ، كالوَقْفِ والعِتْقِ . وربما قالوا : تَبَرُّعٌ ، فلا يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ ، كالوَصِيَّةِ والوَقْفِ . ولأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ يَنْقُلُ المِلْكَ ، فلم يَقِفْ لُزُومُه على القَبْضِ كالبَيْعِ . ولَنا ، إجْماعُ الصَّحابةِ رَضِىَ اللهُ عنهم ، فإنَّ ما قُلْناه مَرْوِىٌّ عن أبى بكرٍ وعمرَ رَضِىَ اللهُ عنهما ، ولم يُعْرَفْ لهما فى الصَّحَابةِ مُخَالِفٌ ، فَرَوى عُرْوَةُ ، عن عائِشَةَ رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، نَحَلَها جذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا من مالِه بالعَالِيَةِ . فلما مَرِضَ ، قال : يا بُنَيَّة ، ما أحَدٌ أحَبُّ إلىَّ غِنًى بَعْدِى مِنْكِ ، ولا أحَدٌ أعَزُّ علىَّ فَقْرًا منكِ ، وكنتُ نَحَلْتُكِ جذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا ، ووَدِدْتُ أنَّك حُزْتِيه أو قَبَضْتِيه ، وهو اليومَ مالُ الوارِثِ أخَوَاكِ وأُخْتَاكِ ، فاقْتَسِمُوا على كِتابِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ [٩] . ورَوَى ابنُ عُيَيْنَةَ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عبدِ الرَّحْمنِ بن عبدٍ القارِىِّ ، أن عمرَ بن الخَطَّابِ ، قال : ما بالُ أقْوامٍ يَنْحَلُونَ أوْلَادَهُم ، فإذا ماتَ أحَدُهُم ، قال : مالِى ، وفى يَدِى . وإذا ماتَ هو [١٠] ، قال : قد [١٠] كنتُ نَحَلْتُه وَلَدِى . لا نِحْلَةَ إلَّا نِحْلَةٌ يحوزُها [١١] الوَلَدُ دُونَ الوالِدِ ، فإن ماتَ وَرِثَهُ . ورَوَى عُثْمانُ أن الوالِدَ يَحُوزُ [١٢] لِوَلَدِه إذا كانوا صِغَارًا . قال المَرُّوذِىُّ : اتَّفَقَ أبو بكرٍ وعمرُ وعُثْمانُ وعَلِىٌّ ، أنَّ الهِبَةَ لا تجوزُ إلَّا مَقْبُوضَةً . ولأنَّها هِبَةٌ غيرُ مَقْبُوضةٍ ، فلم تَلْزَمْ ، كما لو ماتَ قبلَ أن يَقْبِضَ ، فإنَّ مالِكًا يقول : لا يَلْزَمُ الوَرَثَةَ التَّسْلِيمُ ، والخَبَرُ مَحْمولٌ على المَقْبُوضِ ، ولا يَصِحُّ القِيَاسُ على الوَقْفِ والوَصِيَّةِ والعِتْقِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ إخْراجُ مِلْكٍ إلى اللهِ تعالى ، فخَالَفَ التَّمليكاتِ ، والوَصِيَّةُ تَلْزَمُ فى حَقِّ الوارِثِ ، والعِتْقُ إسْقاطُ حَقٍّ وليس بتَمْلِيكٍ ، ولأنَّ الوَقْفَ والعِتْقَ لا يكونُ فى مَحَلِّ النِّزاعِ فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ .

فصل : وقولُ الخِرَقِىِّ : « لا يَصِحُّ » . يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ لا يَلْزَمُ . ويَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ

---

(٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٦ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى م : « يحرزها » .

(١٢) فى م : « يحرز » .

لا يَثْبُتُ بها المِلْكُ قبلَ القَبْضِ ، فإنَّ حُكْمَ[13] المِلْكِ حُكْمُ الهِبَةِ ، والصِّحَّةُ اعْتِبارُ الشىءِ فى حَقِّ حُكْمِه . وأما الصِّحَّةُ[14] بمَعْنَى انْعِقادِ اللَّفْظِ بحيثُ إذا انْضَمَّ إليه القَبْضُ اعْتُبِرَ وثَبَتَ[15] حُكْمُه ، فلا يَصِحُّ حَمْلُ لَفْظِه على نَفيه ، لِعَدَمِ الخِلَافِ فيه ، ولأنَّه قال فى سِيَاقِ المَسْأَلِةِ : « كما يَصِحُّ فى البَيْعِ » . وقد تَقَرَّرَ فى البَيْعِ أنَّ بَيْعَ المَكِيلِ

١٦٦/٥ ظ والمَوْزُونِ صَحِيحٌ قبلَ القَبْضِ ، وإنَّما يَنْتَفِى الضَّمانُ وإطْلَاقُه فى التَّصرُّفاتِ . / وقوله : « مايُكَالُ ومايُوزَنُ » ظاهِرُه العُمُومُ فى كلِّ مَوْزُونٍ ومَكِيلٍ ، وخَصَّهُ أصْحَابُنا المتأَخِّرُونَ بما ليس بمُتَعَيِّنٍ فيه ، كالقَفِيزِ من صُبْرةٍ ، والرِّطْلِ من زُبْرَةٍ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى البَيْعِ ، ورَجَّحْنا العُمُومَ .

فصل : والواهِبُ بالخِيَارِ قبلَ القَبْضِ ، إن شاءَ أَقْبَضَها وأَمْضَاهَا ، وإن شاءَ رَجَعَ فيها ومَنَعَها . ولا يَصِحُّ قَبْضُها إلَّا بإذْنِه ، فإن قَبَضَها المَوْهُوبُ له بغيرِ إذْنِه لم تَتِمَّ الهِبَةُ ، ولم يَصِحَّ القَبْضُ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ أنَّه إذا قَبَضَها فى المَجْلِسِ صَحَّ ، وإن لم يَأْذَنْ له ؛ لأنَّ الهِبَةَ قامَتْ مَقامَ الإذْنِ فى القَبْضِ ، لِكَوْنِها دَالَّةً على رِضَاهُ بالتَّمليكِ الذى لا يَتِمُّ إلَّا بالقَبْضِ . ولَنا ، أنَّه قَبَضَ الهِبةَ بغيرِ إذْنِ الواهِبِ ، فلم يَصِحَّ ، كما بعدَ المَجْلِسِ ، أو كما لو نَهَاهُ عن قَبضِها ، ولأنَّ[16] التَّسْليمَ غيرُ مُسْتَحَقٍّ على الواهِبِ ، فلا يَصِحُّ التَّسْليمُ إلَّا بإذْنِه ، كما لو أخَذَ المُشْتَرِى المَبِيعَ من البائِعِ قبلَ تَسْلِيمِ ثَمَنِه . ولا يَصِحُّ جَعْلُ الهِبَةِ إذْنًا فى القَبْضِ ، بِدَلِيلِ ما بعدَ المَجْلِسِ . ولو أَذِنَ الواهِبُ فى القَبْضِ ، ثم رَجَعَ عن الإذْنِ ، أو رَجَعَ فى الهِبَةِ ، صَحَّ رُجُوعُه ؛ لأنَّ ذلك ليس بِقَبْضٍ ، وإن رَجَعَ بعد القَبْضِ ، لم يَنْفَعْ رُجُوعُه ؛ لأنَّ الهِبَةَ تَمَّتْ .

---

(١٣) سقط من : م .

(١٤) فى م : « صحته » .

(١٥) فى م : « ويثبت » .

(١٦) فى الأصل : « وليس » .

فصل : وإذا ماتَ الواهِبُ أو المَوْهُوبُ له قَبْلَ القَبْضِ ، بَطَلَتِ الهِبَةُ ، سواءٌ كان قَبْلَ الإِذْنِ فى القَبْضِ أو بعدَه . ذَكَرَه القاضى فى مَوْتِ الواهِبِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ جائِزٌ ، فبَطَلَ بمَوْتِ أحدِ المُتَعاقِدَيْنِ ، كالوَكالَةِ والشَّرِكَةِ . وقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى طالِبٍ ، وأبى الحارِثِ ، فى رَجُلٍ أهْدَى هَدِيَّةً فلم تَصِلْ إلى المُهْدَى إليه ، حتى ماتَ ؛ فإنَّها تَعُودُ إلى صَاحِبِها ما لم يَقْبِضْها . ورَوَى[17] بإسْنادِه عن أُمِّ كلْثُوم بِنْت أبى[18] سَلَمَة ، قالت : لمَّا تَزَوَّجَ رسولُ اللهِ ﷺ أُمَّ سَلَمَةَ ، قال لها : « إنِّى قَدْ أَهْدَيْتُ إلَى النَّجَاشِىِّ حُلَّةً وأَوَاقِىَّ مِسْكٍ ، ولَا أرَى النَّجَاشِىَّ إلَّا قَدْ مَاتَ ، ولَا أرَى هَدِيَّتِى إلَّا[18] مَرْدُودَةً عَلَىَّ ، فإنْ رُدَّتْ فَهِىَ لَكِ » . قالتْ : فكان ما قال رسولُ اللهِ ﷺ ، ورُدَّتْ عليه هَدِيَّته ، فأعْطَى كلَّ امْرَأةٍ من نِسائِه أُوقِيَّةً من مِسْكٍ ، وأعْطَى أُمَّ سَلَمةَ بَقِيَّةَ المِسْكِ والحُلَّةَ . وإن ماتَ صاحِبُ الهَدِيَّةِ قبلَ أن تَصِلَ إلى المُهْدَى إليه ، رَجَعَتْ إلى وَرَثَةِ[19] المُهْدِى ، وليس لِلرَّسُولِ حَمْلُها إلى المُهْدَى إليه ، إلَّا أن يَأْذَنَ له الوارِثُ . ولو رَجَعَ المُهْدِى فى هَدِيَّته قبلَ وُصُولِها إلى المُهْدَى إليه ، صَحَّ رُجُوعُه فيها ، والهِبَةُ كالهَدِيَّةِ . وقال أبو الخَطَّابِ : إذا ماتَ الواهِبُ ، قامَ وارِثُه مَقَامَه / فى الإِذْنِ فى القَبْضِ ١٦٧/٥ و
والفَسْخِ . وهذا[20] يَدُلُّ على أنَّ الهِبَةَ لا تَنْفَسِخُ بمَوْتِه . وهذا قولُ أكْثَرِ أصْحابِ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ مَآلُه إلى اللُّزُومِ ، فلم يَنْفَسِخْ بالمَوتِ كالبَيْعِ[19] المَشْرُوطِ فيه الخِيَارُ . وكذلك يُخَرَّجُ فيما إذا ماتَ المَوْهُوبُ له بعدَ قَبُولِه . وإن ماتَ أحَدُهما قبلَ القَبُولِ ، أو ما يَقُومُ مَقَامَه ، بَطَلَتْ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يَتِمَّ ، فأشْبَهَ ما لو أوْجَبَ البَيْعَ ، فماتَ أحَدُهما قبلَ القَبُولِ من المُشْتَرِى . وإذا قُلْنا : إنَّ الهِبَةَ لا تَبْطُلُ .

---

(١٧) المسند ٦/٤٠٤ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) فى م زيادة : « ما » .

فماتَ أحَدُهُما بعدَ الإذْنِ فى القَبْضِ ، بَطَلَ الإذْنُ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ المَيِّتَ إن كان هو الواهِبَ فقد انْتَقَلَ حَقُّه فى الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ إلى وارِثِه ، فلم يَلْزَمْ بغيرِ إذْنِه . وإن كان المَوْهُوبَ له ، فلم يُوجَد الإذْنُ لِوَارِثِه ، فلم يَمْلِكِ القَبْضَ بغيرِ إذْنٍ .

فصل : وإن وَهَبَه شيئًا فى يَدِ المُتَّهِبِ ، كوَدِيعَةٍ ، أو مَغْصُوبٍ ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّ الهِبةَ تَلْزَمُ من غيرِ قَبْضٍ ، ولا مُضِىِّ مُدَّةٍ يَتَأتَّى القَبْضُ فيها ؛ فإنَّه قال فى رِوَايةِ ابنِ منصورٍ : إذا وَهَبَ لِامْرَأتِه شيئًا ولم تَقْبِضْه ، فليس بينه وبينها خِيَارٌ ، هى معه فى البَيْتِ . فظاهِرُ هذا أنَّه لم يَعْتَبِرْ قَبْضًا ، ولا مُضِىَّ مُدَّةٍ يَتَأتَّى فيها ، لكَوْنِها معه فى البَيْتِ ، فيَدُها على ما فيه . وقال القاضى : لا بُدَّ من مُضِىِّ مُدَّةٍ يَتَأتَّى فيها القَبْضُ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، رِوَايةٌ أُخْرى ، أنَّه يَفْتَقِرُ إلى إذْنٍ فى القَبْضِ . وقد مَضَى تَعْلِيلُ ذلك وتَفْصِيلُه فى الرَّهْنِ . ومذهبُ الشافِعِىِّ كمَذْهَبِنا ، فى الاخْتِلَافِ فى اعْتِبارِ الإذْنِ ، واعْتِبارِ مُضِىِّ مُدَّةٍ يَتَأتَّى القَبْضُ فيها .

٩٣٢ – مسألة ؛ قال : (**وَيَصِحُّ فِى غَيْرِ ذٰلِكَ بِغَيْرِ قَبْضٍ ، إذَا قَبِلَ ، كَمَا يَصِحُّ فِى الْبَيْعِ**)

يعنى أنَّ غيرَ المَكِيلِ والمَوْزُونِ تَلْزَمُ الهِبَةُ فيه بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، ويَثْبُتُ المِلْكُ فى المَوْهُوبِ قبلَ قَبْضِه . ورُوِى ذلك عن علىٍّ وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما (١ فإنَّه يُرْوَى عنهما ١) أنَّهما قالا : الهِبَةُ جائِزَةٌ إذا كانت مَعْلُومةً ، قُبِضَتْ أو لم تُقْبَضْ . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وعن أحمدَ ، رِوَايةٌ أخرى : لا تَلْزَمُ الهِبَةُ فى الجَمِيعِ إلَّا بالقَبْضِ . وهو قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . قال المَرُّوذِىُّ : اتَّفَقَ أبو بكرٍ وعمرُ وعثمانُ وعلىٌّ ، على أنَّ الهِبَةَ لا تجوزُ إلَّا مَقْبُوضَةً . ويُرْوَى ذلك عن النَّخَعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والحَسَنِ بن صالحٍ ، والعَنْبَرِىِّ ، والشافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، لما ذَكَرْنا فى المَسْألةِ

(١ – ١) سقط من : م .

الأُولى . ووَجْهُ الرِّوايةِ الأُولى ، أنَّ الهِبَةَ أَحَدُ نَوْعَيِ التَّمليكِ ، فكان منها ما لا يَلْزَمُ قبلَ القَبْضِ ، / ومنها ما يَلْزَمُ قبلَه ، كالبَيْعِ ، فإن منه[2] ما لا يَلْزَمُ قبلَ القَبْضِ ، وهو الصَّرْفُ ، وبَيْعُ الرِّبَوِيَّاتِ ، ومنه ما يَلْزَمُ قبلَه ، وهو ما عدا ذلك . فأمَّا حَدِيثُ أبى بكرٍ[3] ، فلا يَلْزَمُ ، فإنَّ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا ، يَحْتَمِلُ أنه أرادَ به عِشْرِينَ وَسْقًا مَجْذُوذَةً ، فيكون مَكِيلًا ، غيرَ مُعَيَّنٍ ، وهذا لا بُدَّ فيه من القَبْضِ . وإن أرادَ نَخْلًا يُجَذُّ عِشْرِينَ وَسْقًا ، فهو أيضا غيرُ مُعَيَّنٍ ولا تَصِحُّ الهِبَةُ[4] فيه قبلَ تَعْيِينِه ، فيكونُ مَعْناه : وَعَدْتُكَ بالنِّحْلَةِ . وقول عمرَ[5] أرادَ به النَّهْىَ عن التَّحَيُّلِ بِنِحْلَةِ الوالِدِ وَلَدَه نِحْلَةً مَوْقُوفةً على المَوْتِ ، فيُظْهِرُ : إنِّى نَحَلْتُ وَلَدِى شَيْئًا . ويُمْسِكُه فى يَدِه ويَسْتَغِلُّه ، فإذا ماتَ أخَذَه وَلَدُه بحُكْمِ النِّحْلَةِ التى أظْهَرَها ، وإن ماتَ ولدُه أمْسَكَه ، و لم يُعْطِ وَرَثَةَ وَلَدِه شيئًا . وهذا على هذا الوَجْهِ مُحَرَّمٌ ، فنَهاهُم عن هذا حتى يَحُوزَها الوَلَدُ دون والِدِه ، فإن ماتَ وَرِثَها وَرَثَتُه ، كسائِرِ مالِه . وإذا كان المَقْصُودُ هذا اخْتَصَّ بهِبَةِ الوَلَدِ (6 دُونَ والِدِه 6) ، وشِبْهِه ، على أنَّه قد رُوِىَ عن علىٍّ وابنِ مسعودٍ خِلَافُ ذلك ، فتَعارَضَتْ أقْوالُهُم . ٥/١٦٧ ظ

فصل : قولُ الخِرَقِىِّ : « إذا قَبِلَ » يَدُلُّ على أنَّه إنَّما يُسْتَغْنَى عن القَبْضِ فى مَوْضِعٍ وُجِدَ فيه الإِيجابُ والقَبُولُ . والإِيجابُ أن يقولَ : وَهَبْتُكَ ، أو أهْدَيْتُ إليك ، أو أعْطَيْتُكَ ، أو هذا لك . ونحوه من الألْفاظِ الدَّالَّةِ على هذا المَعْنَى . والقَبُولُ أن يقولَ : قَبِلْتُ ، أو رَضِيتُ ، أو نحو هذا . وذَكَرَ القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، أنَّ الهِبَةَ والعَطِيَّةَ لا تَصِحُّ كلُّها إلَّا بإيجابٍ وقَبُولٍ ، ولا بُدَّ منهما ، سواءٌ وُجِدَ القَبْضُ أو لم يُوجَدْ . وهذا

---

(2) فى م : « فيه » .

(3) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٦ .

(4) فى الأصل : « القبض » .

(5) تقدم فى صفحة ٢٠٦ .

(6 – 6) سقط من : م .

قولُ أكْثرِ أصْحابِ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّه عَقْدُ تَمْليكٍ ، فافْتَقَرَ إلى الإيجَابِ والقَبُولِ ، كالنِّكَاحِ . والصَّحِيحُ أنَّ المُعاطَاةَ والأفعالَ الدَّالَّةَ على الإيجَابِ والقَبُولِ كافِيَةٌ ، ولا يُحْتَاجُ إلى لَفْظٍ . وهذا اخْتِيَارُ ابنِ عقيلٍ ؛ فإنَّ النبيَّ ﷺ كان يُهْدِى ويُهْدَى إليه ، ويُعْطِى ويُعْطَى ، ويُفَرِّقُ الصَّدَقَاتِ ، ويَأْمُرُ سُعاتَه بتَفْرِيقِها وأخْذِها ، وكان أصْحابُه يَفْعَلُونَ ذلك ، و لم يُنْقَلْ عنهم فى ذلك إيجابٌ ولا قَبُولٌ ، ولا أمْرٌ به ولا تَعْلِيمُهُ لأحدٍ ، ولو كان ذلك شَرْطًا لَنُقِلَ عنهم نَقْلًا مُشْتَهَرًا(٧) ، وكان ابنُ عمَرَ على بَعِيرٍ لِعمرَ ، فقال النبيُّ ﷺ لِعمرَ : « بِعْنِيهِ » . فقال : هو لكَ يا رسولَ الله . فقال رسولُ الله ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللهِ بْنَ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ بِهِ ما شِئْتَ »(٨) . و لم يُنْقَلْ قَبُولُ النبيِّ ﷺ من
عمرَ ، ولا قَبُولُ ابنِ عمرَ من النبيِّ ﷺ ، /ولو كان شَرْطًا لفَعَلَهُ النبيُّ ﷺ ، وعَلِمَهُ ابنُ عمرَ ، و لم يَكُنْ لِيَأْمُرَهُ أن يَصْنَعَ به ما شاءَ قبلَ أن يَقْبَلَهُ . ورَوَى أبو هُرَيْرةَ أنَّ النبيَّ ﷺ كان إذا أُتِىَ بطَعَامٍ سَأَلَ عنه ، فإن قالوا : صَدَقَةٌ . قال لأصْحابه : « كُلُوا » . و لم يَأْكُلْ ، وإن قالوا : هَدِيَّةٌ . ضَرَبَ بِيَدِه ، فأكَلَ معهم(٩) . ولا خِلافَ بين العُلَماءِ ، فيما عَلِمْناهُ ، فى أنَّ تَقْدِيمَ الطَّعَامِ بين يَدَىِ الضِّيفَانِ إذْنٌ فى الأكْلِ ، وأنَّه لا يَحْتَاجُ إلى قَبُولٍ بقَوْلِه . ولأنَّه وُجِدَ ما يَدُلُّ على التَّراضِى بنَقْلِ المِلْكِ ، فاكْتُفِىَ به ، كما لو وُجِدَ الإيجَابُ والقَبُولُ . قال ابنُ عَقِيلٍ : إنَّما يُشْتَرطُ الإيجابُ والقَبُولُ مع الإطْلاقِ ، وعَدَمِ العُرْفِ القائمِ بين المُعْطِى والمُعْطَى ؛ لأنَّه إذا لم يَكُنْ عُرْفٌ يَدُلُّ على الرِّضَا ، فلا بُدَّ من قَوْلٍ دَالٍّ عليه ، أمَّا مع قَرائِنِ الأحْوالِ والدَّلَائِلِ(١٠) ، فلا وَجْهَ لِتَوَقُّفِه(١١) على اللَّفظِ ، ألَا تَرَى أنَّا اكْتَفَيْنا بالمُعَاطاةِ فى البَيْعِ ، واكْتَفَيْنا بِدَلَالةِ الحالِ ١٦٨/٥ و

(٧) فى م : « مشهورا » .

(٨) تقدم تخريجه فى : ٢٤/٦ ، ٢٥ .

(٩) تقدم تخريجه فى : ١١٦/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى الصدقة للنبى ﷺ ، من كتاب الزكاة . صحيح البخارى ١٥٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٩٠/٣ .

(١٠) فى الأصل : « والدلالة » .

(١١) فى م : « لتوقيفه » .

فى دُخولِ الحَمَّامِ ، وهو إجَارَةٌ وبَيْعُ أعْيانٍ ، فإذا اكْتَفَيْنا بالمُعَاوَضاتِ مع تأَكُّدِها بِدَلَالةِ الحالِ ، وأنها تَنْقُلُ المِلْكَ من الجانِبَيْنِ ، فلأن نَكْتَفِىَ به فى الهِبَةِ أَوْلَى .

فصل : والقَبْضُ فيما لا يُنْقَل بالتَّخْلِيَةِ بينَه وبينَه ، لا حائِلَ دُونَه ، وفيما يُنْقَل بالنَّقْلِ ، وفى المُشَاعِ بِتَسْلِيمِ الكُلِّ إليه . فإن أَبى الشَّرِيكُ أن يُسَلِّمَ نَصِيبَه ، قيل لِلْمُتَّهِبِ : وَكِّلِ الشَّرِيكَ فى قَبْضِه لك ونَقْلِه . فإن أبى ، نَصَّبَ الحاكِمُ مَنْ يكونُ فى يَدِه لهما ، فيَنْقُلُه ، لِيَحْصُلَ القَبْضُ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على الشَّرِيكِ فى ذلك ويَتِمُّ به عَقْدُ شَرِيكِه .

فصل : وتَصِحُّ هِبَةُ المُشَاعِ . وبه قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ . (١٢قال الشافِعِىُّ١٢) : وسواءٌ(١٣) فى ذلك ما أمْكَنَ قِسْمَتُه ؛ أو لم يُمْكِنْ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لا تَصِحُّ هِبَةُ المُشَاعِ الذى يُمْكِنُ قِسْمَتُه ؛ لأنَّ القَبْضَ شَرْطٌ فى الهِبَةِ ، ووُجُوبُ القِسْمةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ القَبْضِ وتَمامَهُ . فإن كان ممَّا لا يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، صَحَّتْ هِبَتُه ؛ لِعَدَمِ ذلك فيه . وإن وَهَبَ واحِدٌ اثْنَيْنِ شيئًا ممَّا يَنْقَسِمُ ، لم يَجُزْ عند أبى حنيفةَ . وجازَ عند صاحِبَيْه . وإن وَهَبَ اثْنانِ اثْنَيْنِ شيئًا ممَّا يَنْقَسِمُ ، لم يَصِحَّ فى قِيَاسِ قَوْلِهم ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ من المُتَّهِبِين قد وُهِبَ له جُزْءٌ مُشَاعٌ . ولَنا ، أنَّ وَفْدَ هَوَازِنَ لمَّا جاءُوا يَطْلُبُونَ من رسولِ اللهِ ﷺ أن يَرُدَّ عليهم ما غَنِمَهُ(١٤) منهم ، قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَا كَانَ لِى وَلِبَنِى عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَهُوَ لَكُمْ » . رَوَاهُ البُخَارِىُّ(١٥) . وهذا هِبَةٌ

(١٢ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقطت الواو من : م .

(١٤) فى الأصل : « غنموا » .

(١٥) فى : باب إذا وهب شيئا لوكيل ... ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب من ملك من العرب رقيقا ... ، من كتاب العتق ، وفى : باب من رأى الهبة الغائبة جائزة ، من كتاب الهبة ، وفى : باب من الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين ... ، من كتاب الخمس ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ ويوم حنين إذ أعجبتكم كثرتكم ... ﴾ من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٣/ ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٩٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٤/ ١٠٨ ، ٥/ ٩٥ .

وليس فيه لفظ : « ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم » . =

مُشَاعٍ[١٦] . ورَوَى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : سَمِعْتُ النبيَّ ﷺ ، وقد جاءَهُ رَجُلٌ ومعه كُبَّةٌ[١٧] من شَعرٍ / ، فقال : أَخَذْتُ هذه من المَغْنَمِ ١٦٨/٥ ظ
لأُصْلِحَ بَرْدَعَةً لى . فقال النبىُّ ﷺ : « مَا كَان لِى ولِبَنِى عَبْدِ المُطَّلِبِ فهو لَكَ »[١٨] . ورَوَى عُمَيْرُ[١٩] بن سَلَمَةَ الضَّمْرِىُّ ، قال : قال خَرَجْنَا مع رسولِ الله ﷺ ، حتى أَتَيْنَا الرَّوْحَاءَ ، فرَأَيْنا حِمَارَ وَحْشٍ مَعْقُورًا ، فأَرَدْنا أَخْذَه ، فقال رسولُ الله ﷺ : « دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهُ » . فجاءَ رَجُلٌ من بَهْزٍ ، وهو الذى عَقَرَهُ ، فقال : يارسولَ الله : شَأْنَكُم الحِمَارَ . فأَمَرَ رسولُ الله ﷺ أبا بَكْرٍ أن يَقْسِمَهُ بين النّاسِ . رَوَاهُ الإمامُ أحمدُ ، والنَّسائِىُّ[٢٠] . ولأنَّه يجوزُ بَيْعُه ، فجازَتْ هِبَتُه ، كالذى لا يَنْقَسِمُ ، ولأنَّه مُشَاعٌ ، فأَشْبَهَ ما لا يَنْقَسِمُ . وقولُهم : إنَّ وُجُوبَ القِسْمةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ القَبْضِ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّه لم يَمْنَعْ صِحَّتَه فى البَيْعِ ، فكذا هٰهُنا . ومتى كانت الهِبَةُ لِاثْنَيْنِ ، فقَبَضَاهُ بإذْنِه ، ثَبَتَ مِلْكُهُما فيه ، وإن قَبَضَه أحَدُهُما ، ثَبَتَ المِلْكُ فى نَصِيبِه دُونَ نَصِيبِ صاحِبِه .

فصل : ومتى قُلْنا : إنَّ القَبْضَ شَرْطٌ فى الهِبَةِ . لم تَصِحَّ الهِبَةُ فيما لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه . كالعَبْدِ الآبِقِ ، والجَمَلِ الشّارِدِ ، والمَغْصُوبِ لغيرِ غاصِبِه ممَّن لا يَقْدِرُ على أَخْذِه من غاصِبِه . وبهذا يقولُ أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ، فلم يَصِحَّ فى ذلك ، كالبَيْعِ . وإن وَهَبَ المَغْصُوبَ لغاصِبِه ، أو لم يَتَمَكَّنْ من أَخْذِه منه ،

= ولكن أخرجه : النسائى ، فى : باب هبة المشاع ، من كتاب الهبة . المجتبى ٦/ ٢٢٠ ، ٢٢١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٨٤ ، ٢١٨ .

(١٦) فى م : « المشاع » .

(١٧) الكبة من الشعر : الخصلة المجتمعة منه .

(١٨) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى فداء الأسير بالمال ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٥٧ ، ٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٨٤ .

(١٩) فى النسخ : « عمرو » ، والتصويب من : المجتبى ، والمسند .

(٢٠) أخرجه النسائى ، فى : باب إباحة أكل لحوم حمر الوحش ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧/ ١٨١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤١٨ .

صَحَّ ؛ لأنَّه مُمْكِنٌ[٢١] قَبْضُه ، وليس لغيرِ الغاصِبِ القَبْضُ إلَّا بإذْنِ الواهِبِ . فإن وَكَّلَ المالِكُ الغاصِبَ فى تَقْبِيضِه ، صَحَّ . وإن وَكَّلَ المُتَّهِبُ الغاصِبَ فى القَبْضِ له ، فقَبِلَ ، ومَضَى زَمَنٌ يُمْكِنُ قَبْضُه فيه ، صارَ مَقْبُوضًا ، ومَلَكَهُ المُتَّهِبُ ، وبَرِئَ الغاصِبُ من ضَمَانِه . وإن قُلْنا : القَبْضُ ليس بِشَرْطٍ فى الهِبَةِ . فما لا يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ من ذلك احْتَمَلَ أن لا يُعْتَبَرَ فى [٢٢]صِحَّةِ هِبَتِه[٢٢] القُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ . وهو قول أبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه تَمْلِيكٌ بغيرِ عِوَضٍ ، أشْبَهَ الوَصِيَّةَ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ هِبَتُه ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه ، فلم تَصِحّ هِبَتُه ، كالحَمْلِ فى البَطْنِ . وكذلك يُخَرَّجُ فى هِبَةِ الطَّيْرِ فى الهَواءِ ، والسَّمَكِ فى الماءِ ، إذا كان مَمْلُوكًا .

فصل : ولا تَصِحُّ هِبَةُ الحَمْلِ فى البَطْنِ ، واللَّبَنِ فى الضَّرْعِ . وبهذا قال أبو حنِيفةَ ، والشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ مَعْجُوزٌ عن تَسْلِيمِه . وفى الصُّوفِ على الظَّهْرِ وَجْهانِ ، بِناءً على صِحَّة بَيْعِه . ومتى أذِنَ له فى جَزِّ الصُّوفِ ، وحَلْبِ الشّاةِ ، كان إباحَةً وإن وَهَبَ دُهْنَ سِمْسِمِه قبلَ عَصْرِه ، أو زَيْتَ زَيْتُونِه ، أو جَفْتَه ، لم يَصِحَّ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، / وأصْحابُ الرَّأْى . ولا نَعْلَمُ لهم مُخَالِفًا . ولا تَصِحُّ هِبَةُ المَعْدُومِ ، كالذى تُثْمِرُ شَجَرَتُه ، أو تَحْمِلُ أَمَتُه ؛ لأنَّ الهِبَةَ عَقْدُ تَمْلِيكٍ فى الحَياةِ ، فلم تَصِحَّ فى هذا كلِّه ، كالبَيْعِ . ١٦٩/٥ و

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى دَاوُدَ ، وحَرْبٍ : لا تَصِحُّ هِبَةُ المَجْهُولِ . وقال ، فى رِوَايةِ حَرْبٍ : إذا قال : شَاةً من غَنَمِى . يَعْنِى[٢٣] : وَهَبْتُها لك . لم يَجُزْ . وبه قال الشافِعِىُّ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الجَهْلَ إذا كان فى حَقِّ الواهِبِ ، مَنَعَ الصِّحَّةَ ؛ لأنَّه غَرَرٌ فى حَقِّه . وإن كان من المَوْهُوبِ له ، لم يَمْنَعْها ؛ لأنَّه لا[٢٤] غَرَرَ فى حَقِّه ، فلم يُعْتَبَرْ فى

---

(٢١) فى الأصل : « يمكن » .

(٢٢ – ٢٢) فى م : « صحته » .

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : م .

حَقّه العِلْمُ بما يُوهَبُ[٢٥] له ، كالمُوصَى له . وقال مالِكٌ : تَصِحُّ هِبَةُ المَجْهُولِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالنَّذْرِ والوَصِيَّةِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه عَقْدُ تَمْلِيكٍ لا يَصِحُّ تَعْلِيقُه بالشُّرُوطِ ، فلم يَصِحَّ فى المَجْهُولِ ، كالبَيْعِ ، بخِلَافِ[٢٦] النَّذْرِ والوَصِيَّةِ .

فصل : ولا يَصِحُّ تَعْلِيقُ الهِبَةِ بشَرْطٍ ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ لِمُعَيَّنٍ فى الحَياةِ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ ، كالبَيعِ . فإن عَلَّقَها على شَرْطٍ ، كقولِ النبىِّ ﷺ لأُمِّ سَلَمَةَ : « إنْ رَجَعَتْ هَدِيَّتُنا إلَى النَّجَاشِىِّ فَهِىَ لَكِ »[٢٧] . كان وَعْدًا . وإن شَرَطَ فى الهِبَةِ شُرُوطًا تُنافِى مُقْتَضاها ، نحو أن يقولَ : وَهَبْتُكَ هذا ، بشَرْطِ أن لا تَهَبَه ، أو لا تَبِيعَه ، أو بشَرْطِ أن تَهَبَه أو تَبِيعَه ، أو بشَرْطِ أن تَهَبَ فُلانًا شيئا . لم تَصِحَّ الشروط ، وفى صِحَّةِ الهِبَةِ وَجْهانِ ، بناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . وإن وَقَّتَ الهِبَةَ ، فقال : وَهَبْتُكَ هذا سَنَةً ، ثم يَعُودُ إلَىَّ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه عَقْدُ تَمْلِيكٍ لِعَيْنٍ ، فلم يَصِحَّ مُؤَقَّتًا ، كالبَيْعِ .

فصل : وإن وَهَبَ أمَةً ، واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها ، صَحَّ فى قِياسِ قولِ أحمدَ ، فى مَن أعْتَقَ أمَةً واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ بالأُمِّ دون ما فى بَطْنِها ، فأشْبَهَ العِتْقَ . وبه يقول فى العِتْقِ النَّخَعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : تَصِحُّ الهِبَةُ ، ويَبْطُلُ الاسْتِثْناءُ . ولَنا ، أنَّه لم يَهَبِ الوَلَدَ ، فلم يَمْلِكِ المَوْهُوبَ له ، كالمُنْفَصِلِ ، وكالمُوصَى به .

فصل : وإذا كان له فى ذِمَّةِ إنْسانٍ دَيْنٌ ، فوَهَبَه له ، أو أبْرَأه منه ، أو أحَلَّه منه ، صَحَّ ، وبَرِئَتْ ذِمَّةُ الغَرِيمِ منه ، وإن رَدَّ ذلك ، ولم يَقْبَلْه ؛ لأنَّه إسْقاطٌ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى القَبُولِ ، كإسْقاطِ القِصَاصِ والشُّفْعةِ وحَدِّ القَذْفِ ، وكالعِتْقِ والطَّلاقِ . وإن قال :

---

(٢٥) فى م : « يوجب » .

(٢٦) فى الأصل : « وفارق » .

(٢٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٣ .

تَصَدَّقْتُ به عليك . صَحَّ ، فإنَّ القُرآن وَرَدَ فى الإبراءِ بلَفْظِ الصَّدَقةِ ، بقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ / يَصَّدَّقُواْ ﴾(28) . وإن قال : عَفَوْتُ لك عنه . ١٦٩/٥ ظ
صَحَّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾(29) . يَعْنِى به الإبراءَ من الصَّدَاقِ . وإن قال : أَسْقَطْتُه عنك . صَحَّ ؛ لأنَّه أتى بحَقِيقَةِ اللَّفْظِ المَوْضُوعِ له . وإن قال : مَلَّكْتُكَ إيَّاهُ . صَحَّ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ هِبَتِه إيَّاه .

فصل : وإن وَهَبَ الدَّيْنَ لغير مَنْ هو فى ذِمَّتِه ، أو بَاعَه إيَّاه ، لم يَصِحَّ . وبه قال فى البَيْعِ أبو حنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ . قال أحمدُ : إذا كان لك على رَجُلٍ طَعَامٌ قَرْضًا ، فَبِعْهُ مِن الذى هو عليه بنَقْدٍ ، ولا تَبِعْه من غيرِه بنَقْدٍ ولا نَسِيئةٍ ، وإذا أقْرَضْتَ رَجُلًا دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ ، فلا تَأْخُذْ من غيرِه عَرْضًا بما لَكَ عليه . وقال الشافِعِىُّ : إن كان الدَّيْنُ على مُعْسِرٍ ، أو مُمَاطِلٍ ، أو جاحِدٍ له ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّه مَعْجُوزٌ عن تَسْلِيمِه ، وإن كان على مَلِىءٍ باذِلٍ له ، ففيه قَوْلانِ ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه ابْتاعَ بمالٍ ثابتٍ فى الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى فى ذِمَّتِه ، ويُشْتَرَطُ أن يَشْتَرِيَهُ بعَيْنٍ ، أو يَتَقَابَضَانِ فى المَجْلِسِ ، لئلَّا يكونَ بَيْعَ دَيْنٍ بدَيْنٍ . ولَنا ، أنَّه غيرُ قادِرٍ على تَسْلِيمِه ، فلم يَصِحَّ ، كَبَيْعِ الآبِقِ . فأمَّا هِبَتُه ، فيَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ ، كالبَيْعِ ، ويَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ ؛ لأنَّه لا غَرَرَ فيها على المُتَّهِبِ ، ولا الوَاهِبِ ، فتَصِحُّ(30) ، كهِبَةِ الأعْيانِ(31) .

فصل(32) : تَصِحُّ البَرَاءةُ من المَجْهُولِ ، إذا لم يكُنْ لهما سَبِيلٌ إلى مَعْرِفَتِه . وقال أبو حنيفةَ : تَصِحُّ مُطْلَقًا . وقال الشافِعِىُّ : لا تَصِحُّ ، إلَّا أنَّه إذا أرادَ ذلك قال : أبْرَأْتُكَ من دِرْهَمٍ إلى ألْفٍ . لأنَّ الجهالةَ إنَّما مُنِعَتْ لأجْلِ الغَرَرِ ، فإذا رَضِىَ بالجُمْلةِ ، فقد زالَ الغَرَرُ ، وصَحَّتِ البَراءةُ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال لِرَجُلَيْنِ اخْتَصَما إليه فى مَوارِيثَ

---

(28) سورة النساء ٩٢ .

(29) سورة البقرة ٢٣٧ .

(30) فى الأصل : « فصح » .

(31) فى الأصل : « الأثمان » .

(32) هذا الفصل كله سقط من : الأصل .

دَرَسَتْ : « اقْتَسِمَا ، وتَوَخَّيَا الحَقَّ ، ثُمَّ اسْتَهِمَا ، ثُمَّ تَحَالَّا » . رَوَاه أبو دَاوُدَ[٣٣] . ولأنَّه إسْقَاطٌ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالعَتَاقِ والطَّلَاقِ ، وكما لو قال : من دِرْهَمٍ إلى أَلْفٍ . ولأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى تَبْرِئَةِ الذِّمَّةِ ، ولا سَبِيلَ إلى العِلْمِ بما فيها ، فلو وَقَفَ صِحَّةُ البَرَاءةِ على العِلْمِ ، لَكان سَدًّا لِبَابِ عَفْوِ الإنْسانِ عن أخِيهِ المُسْلِمِ ، وتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه ، فلم يَجُزْ ذلك ، كالمَنْعِ من العِتْقِ . وأمَّا إن كان مَنْ عليه الحَقُّ يَعْلَمُه ، ويَكْتُمُه المُسْتَحِقَّ ، خَوْفًا من أنَّه إذا عَلِمَه لم يَسْمَحْ بإبْرَائِه منه ، فيَنْبَغِى أن لا تَصِحَّ البَرَاءَةُ فيه ؛ لأنَّ فيه تَغْرِيرًا بالمُشْتَرِى ، وقد أمْكَنَ التَّحَرُّزُ منه . وقال أصْحَابُنا : لو أبْرَأَهُ من مائةٍ ، وهو يَعْتَقِدُ أنَّه لا شىءَ له عليه ، وكان له عليه مائةٌ ، ففى صِحَّةِ البَرَاءةِ وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، صِحَّتُها ؛ لأنَّها صادَفَتْ مِلْكَه ، فأسْقَطَتْه ، كما لو عَلِمَها . والثانى ، لا تَصِحُّ ؛ لأنَّه أبْرَأَهُ ممَّا لا يَعْتَقِدُ أنَّه عليه ، فلم يَكُنْ ذلك إبْراءً فى الحَقِيقَةِ . وأصْلُ الوَجْهَيْنِ ما لو باعَ مالًا كان لِمَوْرُوثِه ، يَعْتَقِدُ أنَّه باقٍ لِمُوَرِّثِه ، وكان مُوَرِّثُه قد ماتَ ، وانْتَقَلَ مِلْكُه إليه ، فهل يَصِحُّ ؟ فيه وَجْهانِ . ولِلشّافِعِىِّ قَوْلَانِ فى البَيْعِ ، وفى صِحَّةِ الإبْراءِ وَجْهانِ .

٩٣٣ – مسألة ؛ قال : (**ويَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ ، أوْ وَصِيُّهُ بَعْدَهُ**[١] **، أو الْحَاكِمُ ، أو أَمِينُهُ بأَمْرِهِ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الطِّفْلَ لا يَصِحُّ قَبْضُه لِنَفْسِه ، ولا قَبُولُه ؛ لأنَّه ليس من أهْلِ التَّصَرُّفِ ، ووَلِيُّه يَقُومُ مَقامَهُ فى ذلك ؛ فإن كان له أبٌ أمِينٌ فهو وَلِيُّه ؛ لأنَّه أشْفَقُ عليه ، وأقْرَبُ إليه ، وإن ماتَ أبوه الأمِينُ ، وله وَصِىٌّ ، فوَلِيُّه وَصِيُّه ؛ لأنَّ الأبَ أقامَه مُقامَ نَفْسِه ، فجَرَى مَجْرَى وَكِيلِه . وإن كان الأبُ غيرَ مَأْمُونٍ ، لِفِسْقٍ أو جُنُونٍ ، أو ماتَ عن غيرِ وَصِىٍّ ، فأمِينُه الحاكِمُ ، ولا يَلِى مالَه غيرُ هؤلاءِ الثَّلاثةِ ، وأمِينُ الحاكِمِ يَقُومُ

---

(٣٣) تقدم تخريجه فى : ٦/٢٦٥ .

(١) سقط من : م .

مَقامَه ، وكذلك وَكِيلُ الأبِ والوَصِىِّ ، فيَقُومُ كلُّ واحدٍ منهم مَقامَ الصَّبِىِّ فى القَبُولِ والقَبْضِ إن احْتِيجَ إليه ؛ لأنَّ ذلك قَبُولٌ لما لِلصَّبِىِّ فيه حَظٌّ ، فكان إلى الوَلِىِّ ، كالبَيْعِ والشِّراءِ . ولا يَصِحُّ القَبْضُ والقَبُولُ من غيرِ هؤلاءِ . (٢فإنَّ أحمدَ قال٢) ، فى رِوَايةِ صالحٍ ، فى صَبِىٍّ وُهِبَتْ له هِبَةٌ ، أو تُصُدِّقَ عليه بصَدَقةٍ ، فقَبَضَتِ الأُمُّ ذلك وأبُوه حاضِرٌ ، فقال : لا أعْرِفُ لِلأُمِّ قَبْضًا ، ولا يكون إلَّا لِلأَبِ . وقال عُثْمانُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : أحَقُّ من يَحُوزُ(٣) على الصَّبِىِّ أبُوه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، ولا أعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ لأنَّ القَبْضَ إنَّما يكونُ من المُتَّهِبِ أو / نائِبِه ، والوَالِى(٤) نائِبٌ بالشَّرْعِ ، ٥/١٧٠ و فصَحَّ قَبْضُه له ، أمَّا غيرُه فلا نِيَابَةَ له . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ القَبْضُ والقَبُولُ من غيرِهم عند عَدَمِهم ؛ لأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى ذلك ، فإنَّ الصَّبِىَّ قد يكونُ فى مكانٍ لا حاكِمَ فيه ، وليس له أبٌ ولا وَصِىٌّ ، ويكون فَقِيرًا لا غِنَى به عن الصَّدَقاتِ ، فإن لم يَصِحَّ قَبْضُ غيرِهم له ، انْسَدَّ بابُ وُصُولِها إليه ، فيَضِيعُ ويَهْلَكُ ، ومُراعاةُ حِفْظِه عن الهَلاكِ أَوْلَى من مُراعاةِ الوِلَايةِ . فعلى هذا ، لِلأُمِّ القَبْضُ له ، وكُلِّ مَن يَلِيه من أقارِبِه وغيرِهم . وإن كان الصَّبِىُّ مُمَيِّزًا ، فحُكْمُه حُكْمُ الطِّفْلِ ، فى قِيَامِ وَلِيِّه مَقامَه ، لأنَّ الوِلَايةَ لا تَزُولُ عنه قبلَ البُلُوغِ ، إلَّا أنَّه(٥) إذا قَبِلَ لِنَفْسِه ، وقَبَضَ لها ، صَحَّ ؛ لأنَّه من أهْلِ التَّصَرُّفِ ، فإنَّه يَصِحُّ بَيْعُه وشِراؤُه بإذْنِ الوَلِىِّ ، فههُنا أَوْلَى . ولا يَحْتاجُ إلى إذْنِ الوَلِىِّ هٰهُنا ؛ لأنَّه مَحْضُ مَصْلَحةٍ ، ولا ضَرَرَ فيه ، فصَحَّ من غير إذْنِ وَلِيِّه ، كوَصِيَّتِه ، وكَسْبِ المُبَاحاتِ . ويَحْتَمِلُ أن يَقِفَ صِحَّةُ القَبْضِ منه على إذْنِ وَلِيِّه دُونَ القَبُولِ ؛ لأنَّ القَبْضَ يَحْصُلُ به مُسْتَوْلِيًا على المالِ ، فلا يُؤْمَنُ تَضْيِيعُه له وتَفْرِيطُه فيه ، فيَتَعَيَّنُ حِفْظُه عن ذلك بِوَقْفِه على إذْنِ وَلِيِّه ، كَقَبْضِه لِوَدِيعَتِه . وأمَّا القَبُولُ ، فيَحْصُلُ له به المِلْكُ من غيرِ ضَرَرٍ ، فجازَ من غيرِ إذْنٍ ، كاحْتِشَاشِه واصْطِيَادِه .

(٢ - ٢) فى م : « قال أحمد » .

(٣) فى النسخ : « يجوز » .

(٤) فى م : « والولى » .

(٥) سقط من : الأصل .

فصل : فإن وَهَبَ الأبُ لِابْنِه شيئًا ، قامَ مقامَه فى القَبْضِ والقَبُولِ ، إن احْتِيجَ إليه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ على أنَّ الرَّجُلَ إذا وَهَبَ لِوَلَدِه الطِّفْلِ دارًا بِعَيْنِها ، أو عَبْدًا بِعَيْنِه ، وقَبَضَه له من نَفْسِه ، وأشْهَدَ عليه ، أنَّ الهِبَةَ تامَّةٌ . هذا قول مالِكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافِعِىِّ ، وأصْحاب الرَّأْىِ . ورَوَيْنا مَعْنَى ذلك عن شُرَيْحٍ ، وعمرَ بن عبد العزيزِ . ثم إن كان المَوْهُوبُ مما يَفْتَقِرُ إلى قَبْضٍ ، اكْتُفِىَ بقَوْلِه : قد وَهَبْتُ هذا لِابْنِى ، وقَبَضْتُه له . لأنَّه يُغْنِى عن القَبُولِ كما ذَكَرْنا . ولا يُغْنِى قولُه : قد قَبِلْتُه . لأنَّ القَبُولَ لا يُغْنِى عن القَبْضِ . وإن كان ممَّا لا يَفْتَقِرُ اكْتُفِىَ بقَوْلِه : قد وَهَبْتُ هذا لِابْنِى . ولا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِ قَبْضٍ ولا قَبُولٍ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعَ الفُقَهاءُ على أنَّ هِبَةَ الأبِ لِابْنِه الصَّغِيرِ فى حِجْرِه لا يَحْتاجُ إلى قَبْضٍ ، وأنَّ الإشْهادَ فيها يُغْنِى عن القَبْضِ ، وإن وَلِيَها أبُوه ؛ لما رَوَاهُ مالِكٌ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن ابنِ المُسَيَّبِ ، أن عثمانَ قال : مَن نَحَلَ وَلَدًا له صَغِيرًا ، لم يَبْلُغْ أن يَحُوزَ نِحْلةً ، فأعْلَنَ ذلك ، /وأشْهَدَ ١٧٠/٥ ظ على نَفْسِه ، فهى جائِزَةٌ ، وإن وَلِيَها أبُوه . وقال القاضى : لا بُدَّ فى هِبَةِ الوَلَدِ من أن يقولَ : قد[٦] قَبِلْتُه . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّ الهِبَةَ عندهم لا تَصِحُّ إلَّا بإيجابٍ وقَبُولٍ . وقد ذَكَرْنا من قبلُ أنَّ قَرَائِنَ الأحْوالِ ودَلَالَتَها تُغْنِى عن لَفْظِ القَبُولِ ، ولا أدَلَّ على القَبُولِ من كَوْنِ القابِلِ هو الواهِبُ ، فاعْتِبارُ لَفْظٍ لا يُفِيدُ مَعْنًى من غيرِ وُرُودِ الشَّرْعِ به تَحَكُّمٌ لا مَعْنَى له ، مع مُخالَفَتِه لِظاهِرِ حالِ النبىِّ ﷺ وصَحابَتِه . وليس هذا مَذْهَبًا لأحمدَ ، فقد قال ، فى رِوَايةِ حَرْبٍ ، فى رَجُلٍ أشْهَدَ بِسَهْمٍ من ضَيْعَتِه وهى مَعْرُوفَةٌ لِابْنِه ، وليس له وَلَدٌ غيرَه ، فقال : أحَبُّ إلىَّ أن يقولَ عند الإشْهادِ : قد قَبَضْتُه[٦] له . قِيلَ له : فإن سَهَا ؟ قال : إذا كان مُفْرَزًا رَجَوْتُ . فقد ذَكَرَ أحمدُ أنَّه يُكْتَفَى بقَوْلِه : قد قَبَضْتُه[٦] . وأنه يَرْجُو أن يُكْتَفَى مع التَّمْيِيزِ بالإشْهادِ فحَسْب . وهذا مُوافِقٌ للإجْماعِ المَذْكُورِ عن سائِرِ العُلَماءِ . وقال بعضُ أصْحابِنا : يُكْتَفَى بأحَدِ لَفْظَيْنِ ، إمَّا أن يقولَ : قد قَبِلْتُه ، أو قَبَضْتُه . لأنَّ القَبُولَ يُغْنِى عن القَبْضِ . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ

(٦ – ٦) سقط من : الأصل .

ما ذَكَرْناه . ولا فَرْقَ بين الأَثْمانِ وغيرِها فيما ذَكَرْنا ، وبه يقول أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ . وقال مالكٌ : إن وَهَبَ له ما يُعْرَفُ بعَيْنِه كالأَثْمانِ ، لم يَجُز ، إلَّا أن يَضَعَها على يَدِ غيرِه ؛ لأنَّ الأبَ قد يُتْلِفُ ذلك ، ويَتْلَفُ بغيرِ سَبَبِه ، ولا يُمْكِنُ أن يُشْهِدَ على شىءٍ بعَيْنِه ، فلا يَنْفَعُ القَبْضُ شيئا . ولَنا ، أنَّ ذلك ممَّا لا تَصِحُّ هِبَتُه ، فإذا وَهَبه لابنِه الصَّغيرِ ، وقَبَضَه له ، وَجَبَ أن تَصِحَّ ، كالعُرُوضِ .

فصل[7] : وإن كان الواهِبُ لِلصَّبِىِّ غيرَ الأبِ من أوْلِيَائِه ، فقال أصْحابُنا : لابُدَّ من أن يُوَكِّلَ مَنْ يَقْبَلُ لِلصَّبِىِّ ، ويَقْبِضُ له ، ليكونَ الإِيجابُ منه ، والقَبُولُ ، والقَبْضُ من غيرِه ، كما فى البَيْعِ . بخِلافِ الأبِ ؛ [8]فإنَّه يجوزُ أن يُوجِبَ ويَقْبَلَ ويَقْبِضَ ، لكونِه يجوزُ أن يَبِيعَ لِنَفْسِه . والصَّحِيحُ عندى أنَّ الأبَ[8] وغيرَه فى هذا سَوَاءٌ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يجوزُ أن يَصْدُرَ منه ومن وَكِيلِه ، فجازَ له أن يَتَوَلَّى طَرَفَيْهِ ، كالأبِ . وفارَقَ البَيْعَ ؛ فإنَّه لا يجوزُ أن يُوَكِّلَ مَنْ يَشْتَرِى له ، ولأنَّ البَيْعَ عَقْدُ مُعَاوَضةٍ ومُرَابَحةٍ ، فيُتَّهَمُ فى عَقْدِه لِنَفْسِه ، والهِبَةُ مَحْضُ مَصْلَحةٍ لا تُهْمةَ فيها ، وهو وَلِىٌّ فيه[9] ، فجاز أن يَتَوَلَّى طَرَفَىِ[10] العَقْدِ ، كالأبِ ، ولأنَّ البَيْعَ إنَّما مُنِعَ منه لما يَأْخُذُه من العِوَضِ لِنَفْسِه من مالِ الصَّبِىِّ ، وهو هٰهُنا يُعْطِى ولا يَأْخُذُ ، فلا وَجْهَ لِمَنْعِه من ذلك ، وتَوْقِيفُه / على تَوْكِيلِ غيرِه ، ولأنَّنا قد ذَكَرْنا أنَّه يُسْتَغْنَى بالإِيجابِ والإِشْهادِ عن[11] القَبْضِ والقَبُولِ ، فلا حاجَةَ إلى التَّوْكِيلِ فيهما مع غِنَاهُ عنهما . ٥/١٧١ و

فصل : فأمَّا الهِبَةُ من الصَّبِىِّ لغيرِه ، فلا تَصِحُّ ، سواءٌ أَذِنَ فيها الوَلِىُّ أو لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لِحَظِّ[12] نَفْسِه ، فلم يَصِحَّ تَبَرُّعُه ، كالسَّفِيهِ . وأمَّا العَبْدُ فلا يجوزُ

---

(٧) فى الأصل زيادة : « قال » .

(٨ – ٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى م : « طرق » .

(١١) فى م : « إلى » .

(١٢) فى م : « لحفظ » .

أن يَهَبَ إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّه مالٌ لِسَيِّدِه ، ومالُه مالٌ لِسَيِّدِه ، فلا يجوزُ له إزَالَةُ مِلْكِ سَيِّدِه عنه بغير إذْنِه ، كالأجْنَبِيِّ . وله أن يَقْبَلَ الهِبَةَ بغير إذْنِ سَيِّدِه . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه تَحْصِيلٌ لِلْمَالِ لسَيِّدِه[13] ، فلم يُعْتَبَرْ إذْنُه فيه ، كالالْتِقاطِ[14] ، وما وُهِبَهُ لِسَيِّدِه ، لأنَّه من اكْتِسَابِه ، فأشْبَه اصْطِيَادَه .

٩٣٤ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا فَاضَلَ بَيْنَ وَلَدِه فِي الْعَطِيَّةِ ، أُمِرَ بِرَدِّه ، كَأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ**)

وجملةُ ذلك أنَّه يَجِبُ على الإنسانِ التَّسْوِيَةُ بين أوْلَادِه فى العَطِيَّةِ ، إذا لم يَخْتَصَّ أحَدُهُم بمَعْنًى يُبِيحُ[1] التَّفْضِيلَ ، فإن خَصَّ بعضَهم بعَطِيَّتِه ، أو فاضَلَ بينهم فيها ، أَثِمَ ، ووَجَبَتْ عليه التَّسْوِيَةُ بأحَدِ أمْرَيْنِ ؛ إمَّا رَدُّ ما فَضَّلَ به البعضَ ، وإمَّا إتْمَامُ نَصِيبِ الآخَرِ . قال طاوُسٌ : لا يجوزُ ذلك ، ولا رَغِيفٌ مُحْتَرِقٌ . وبه قال ابنُ المُبَارَكِ . ورُوِىَ مَعناه عن مُجَاهِدٍ ، وعُرْوَةَ . وكان الحَسَنُ يَكْرَهُه ، ويُجِيزُه فى القَضَاءِ . وقال مالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى : ذلك جائِزٌ . ورُوِىَ مَعْنَى ذلك عن شُرَيْحٍ ، وجابِرِ بن زَيْدٍ ، والحَسَنِ بن صالحٍ ؛ لأنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، نَحَلَ عائِشَةَ ابْنَتَه جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا ، دونَ سائِرِ وَلَدِه[2] . واحْتَجَّ الشافِعِىُّ بقولِ النبىِّ ﷺ ، فى حَدِيثِ النُّعْمانِ بن بَشِيرٍ : « أشْهِدْ عَلَى هٰذَا غَيْرِى »[3] . فأمَرَهُ

---

(١٣) فى م : « للسيد » .

(١٤) فى م : « كالألفاظ » . ولعل ما أثبتناه هو القراءة الصحيحة لما فى الأصل .

(١) فى الأصل : « ينتج » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٦ .

(٣) أخرجه مسلم ، فى : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٤/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٢/٢ وابن ماجه ، فى : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦٩/٤ ، ٢٧٠ .

بتأْكِيدِها دون الرُّجُوعِ فيها ، ولأنَّها عَطِيَّةٌ تَلْزَمُ بمَوْتِ الأبِ ، فكانت جائِزَةً ، كما لو سَوَّى بينهم . ولَنا ، ما رَوَى النُّعْمانُ بن بَشِيرٍ قال : تَصَدَّقَ عليَّ أبى بِبَعْضِ مالِه ، فقالت أُمِّى عمرةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لا أَرْضَى حتى تُشْهِدَ عليها رسولَ اللهِ ﷺ . فجاءَ أبى إلى(٤) رسولِ اللهِ ﷺ ، لِيُشْهِدَه على صَدَقَتِه ، فقال : « أَكُلَّ وَلَدِكَ أَعْطَيْتَ مِثْلَه ؟ » قال : لا . قال : « فَاتَّقُوا اللهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . قال : فرَجَعَ أبى ، فرَدَّ تلك الصَّدَقَةَ . وفى لَفْظٍ قال : « فارْدُدْهُ » . وفى لَفْظٍ قال : « فَأَرْجِعْهُ » . (٥وفى لَفظٍ : « لا تُشْهِدْنِى عَلَى جَوْرٍ » . وفى لَفْظٍ : « فأَشْهِدْ عَلَى هٰذَا غَيْرِى »٥) . وفى لفظ : « سَوِّ بَيْنَهُم » . وهو حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عليه(٦) . وهو دَلِيلٌ على التَّحْرِيمِ ؛ لأنَّه سَمَّاهُ جَوْرًا ، وأمَرَ بِرَدِّه ، وامْتَنَعَ من الشَّهَادَةِ عليه ، والجَوْرُ حَرَامٌ ، والأَمْرُ يَقْتَضِى الوُجُوبَ ، ولأنَّ تَفْضِيلَ(٧) بعضِهم يُورِثُ بَيْنَهُم العَدَاوة والبَغْضاءَ وقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فمُنِعَ منه ، كتَزْوِيجِ المَرْأَةِ على عَمَّتِها أو خَالَتِها . وقولُ أبى بكرٍ لا يُعَارِضُ قولَ النبىِّ ﷺ ، ولا يُحتَجُّ به معه . ويَحْتَمِلُ أنَّ أبا بكرٍ رَضِىَ اللهُ عنه ، خَصَّهَا بِعَطِيَّتِه(٨) لِحَاجَتِها وعَجْزِهَا عن الكَسْبِ والتَّسَبُّبِ فيه ، مع اخْتِصَاصِها بفَضلِها ، وكَوْنِها أُمَّ المُؤْمِنينَ زَوجَ رسولِ اللهِ ﷺ ، وغير ذلك من فَضَائِلِها . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ قد نَحَلَها ونَحَلَ غيرَها من وَلَدِه ، أو نَحَلَها وهو يُرِيدُ أن يَنْحَلَ غيرَها ، فأدْرَكَه المَوْتُ قبلَ ذلك . ويَتَعَيَّنُ حَمْلُ حَدِيثِه على أحدِ هذه ٥/١٧١ ظ

---

(٤) سقط من : م .

(٥ – ٥) سقط من : الأصل .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب الإشهاد فى الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣/٢٠٦ ومسلم ، فى : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٢ – ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٢٦٨ .

(٧) سقط من : م . وهو فى الأصل : « فى تفضيل » .

(٨) فى الأصل : « بعطية » .

الوُجُوهِ ؛ لأنَّ حَمْلَه على مثل مَحَلِّ النِّزاعِ مَنْهِيٌّ عنه ، وأقَلَّ أحْوَالِه الكَرَاهَةُ ، والظاهِرُ من حالِ أبى بكرٍ اجْتِنابُ المَكْرُوهاتِ . وقولُ النبيِّ ﷺ : « فأَشْهِدْ عَلَى هٰذَا غَيرِى » . ليس بأَمْرٍ ؛ لأنَّ أَدْنَى أحْوالِ الأمْرِ الاسْتِحْبَابُ والنَّدْبُ ، ولا خِلافَ فى كَرَاهَةِ هذا . وكيف يجوزُ أن يَأْمُرَه بتَأْكِيدِه ، مع أمْرِه بردِّه ، وتَسْمِيَتِه إيَّاه جَوْرًا ، وحَمْلُ الحَدِيثِ على هذا ، حَمْلٌ لِحَدِيثِ النبيِّ ﷺ على التَّناقُضِ والتَّضادِّ ، ولو أمَرَ النبيُّ ﷺ بإشْهادِ غيره ، لَامْتَثَلَ[9] بَشِيرٌ أمْرَه ، ولم يَرُدَّ ، وإنَّما هذا تَهْدِيدٌ له على هذا ، فيُفِيدُ ما أفَادَه النَّهْىُ عن إتْمامِه . واللهُ أعلمُ .

فصل : فإن خَصَّ بعضَهم لِمَعْنًى يَقْتَضِى تَخصِيصَه ، مثل اخْتِصاصِه بحَاجَةٍ ، أو زَمَانَةٍ ، أو عَمًى ، أو كَثْرَةِ عائِلَة ، أو اشْتِغَالِه بالعِلْمِ أو نحوِه من الفَضَائِلِ ، أو صَرَفَ عَطِيَّتَه عن بعضِ وَلَدِه لِفِسْقِه ، أو بِدْعَتِه ، أو لكَوْنِه يَسْتَعِينُ بما يَأْخُذُه على مَعْصِيَةِ الله ، أو يُنْفِقُه فيها ، فقد رُوِى عن أحمدَ ما يَدُلُّ على جَوَازِ ذلك ؛ لقولِه فى تَخْصِيصِ بعضِهم بالوَقْفِ : لا بَأْسَ به إذا كان[10] لحاجَةٍ ، وأكْرَهُه إذا كان[10] على سَبِيلِ الأَثَرَةِ . والعَطِيَّةُ فى مَعْناه . ويَحْتَمِلُ ظاهِرُ لَفْظِه المَنْعَ من التَّفْضِيلِ أو التَّخْصِيصِ[11] على كلِّ حالٍ ؛ لكَوْنِ النبيِّ ﷺ لم يَسْتَفْصِلْ بَشِيرًا فى عَطِيَّتِه . والأَوَّلُ أَوْلَى ، إن شاءَ اللهُ ؛ لِحَدِيثِ أبى بكرٍ ، ولأنَّ بعضَهم اخْتَصَّ بمعنًى يَقْتَضِى العَطِيَّةَ ، فجازَ أن يَخْتَصَّ بها ، كما لو اخْتَصَّ بالقَرابةِ[12] . وحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ لا عُمُومَ لها ، وتَرْكُ النبيِّ ﷺ
١٧٢/٥ و الاسْتِفْصَالَ / يجوزُ أن يكونَ لِعِلْمِه بالحالِ . فإن قِيلَ : لو عَلِمَ بالحالِ لمَا قال : « أَلَكَ وَلَدٌ غَيْرُهُ ؟ » . قُلْنا : يَحْتَمِلُ أن يكونَ السُّؤَالُ هٰهُنا لِبَيَانِ العِلَّةِ ، كما قال عليه السلامُ للذى سَأَلَه عن بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ : « أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذَا يَبِسَ ؟ » قال : نَعم :

---

(٩) فى م : « امتثل » .
(١٠ – ١٠) سقط من : الأصل .
(١١) فى م : « والتخضيص » .
(١٢) فى م : « القرابة » .

قال : « فَلَا إذًا »[١٣] . وقد عَلِمَ أن الرُّطَبَ يَنْقُصُ ، لكن نَبَّه السائِلَ بهذا على عِلَّةِ المَنْعِ من البَيْعِ ، كذا هٰهُنا .

فصل : ولا خِلَافَ بين أهْلِ العِلْمِ فى اسْتِحْبابِ التَّسْوِيَةِ ، وكَرَاهةِ التَّفْضِيلِ . قال إبراهيمُ : كانوا يَسْتَحِبُّونَ أن يُسَوُّوا بينهم حتى فى القُبَلِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فالتَّسْوِيَةُ المُسْتَحَبَّةُ أن يُقَسِّمَ بينهم على حَسَبِ قِسْمَةِ اللهِ تَعالَى المِيرَاثَ ، فيُجْعَلَ لِلذَّكَرِ مثل حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ . وبهذا قال عَطَاءٌ ، وشُرَيْحٌ ، وإسحاقُ ، ومحمدُ بن الحَسَنِ . قال شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ قَسَّمَ مالَه بين وَلَدِه : ارْدُدْهم إلى سِهَامِ اللهِ تَعالَى وفَرَائِضِه . وقال عَطَاءٌ : ما كانوا يُقَسِّمُونَ إلَّا على كِتَابِ اللهِ تعالى . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وابنُ المُبَارَكِ : تُعْطَى الأُنْثَى مثلَ ما يُعْطَى الذَّكَرُ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال لِبَشِيرِ بن سَعْدٍ : « سَوِّ بَيْنَهُم » . [١٤]وعَلَّلَ ذلك بقَوْلِه : « أَيَسُرُّكَ أنْ يَسْتَوُوا فِى بِرِّكَ ؟ » . قال : نعم . قال : « فَسَوِّ بَيْنَهُم »[١٤] . والبِنْتُ كالابنِ فى اسْتِحْقاقِ بِرِّهَا ، وكذلك فى عَطِيَّتِها . وعن ابنِ عَبّاسٍ قال : قال رَسولُ اللهِ : « سَوُّوا بَيْنَ أوْلَادِكُم فِى الْعَطِيَّةِ ، ولَوْ كُنْتُ مُؤْثِرًا لِأحَدٍ[١٥] لآثَرْتُ النِّسَاءَ عَلَى الرِّجَالِ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فى « سُنَنِه »[١٦] . ولأنَّها عَطِيَّةٌ فى الحَياةِ ، فاسْتَوَى فيها الذَّكَرُ والأُنْثَى ، كالنَّفَقَةِ والكُسْوَةِ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى قَسَّمَ بينهم ، فجعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، وأَوْلَى ما اقْتُدِىَ بِقِسْمَةِ اللهِ ، ولأنَّ العَطِيَّةَ فى الحَيَاةِ أحَدُ حَالَىِ العَطِيَّةِ ، فيُجْعَلُ لِلذَّكَرِ منها مِثْلُ حَظِّ[١٧] الأُنْثَيَيْنِ ، كحَالَةِ المَوْتِ . يَعْنِى المِيرَاثَ . يُحَقِّقُه أنَّ العَطِيَّةَ اسْتِعْجَالٌ لما يكونُ بعد المَوْتِ ، فيَنْبَغِى

---

(١٣) تقدم تخريجه فى : ٦/٦٧ .

(١٤ – ١٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) وأخرجه البيهقى ، فى : باب السنة فى التسوية بين الأولاد فى العطية ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ٦/١٧٧ . وعزاه صاحب كنز العمال ، لسعيد بن منصور ، والطبرانى ، فى : باب فى العدل بين العطية لهم ، من كتاب النكاح . بلفظ : « فلو كنت مفضلا أحدًا لفضلت النساء » . كنز العمال ١٦/٤٤٦ .

(١٧) سقط من : م .

أن تكونَ على حَسَبِه ، كما أنَّ مُعَجَّلَ الزَّكَاةِ قبل وُجُوبِها يُؤَدِّيها على صِفَةِ أدائِها بعدَ وُجُوبِها ، وكذلك الكَفَّاراتُ المُعَجَّلَةُ ، ولأنَّ الذَّكَرَ أحْوَجُ من الأُنْثَى ، من قِبَلِ أنَّهما إذا تَزَوَّجَا جميعًا فالصَّدَاقُ والنَّفَقَةُ ونَفَقَةُ الأوْلادِ على الذَّكَرِ ، والأُنْثَى لها ذلك ، فكان أَوْلَى بالتَّفْضِيلِ ؛ لزِيَادَةِ حاجَتِه ، وقد قسَّمَ اللهُ تعالى المِيرَاثَ ، ففَضَّلَ الذَّكَرَ مَقْرُونًا بهذا المَعْنَى فتُعَلَّلُ به ، ويَتَعَدَّى ذلك إلى العَطِيَّةِ فى الحَياةِ . وحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، وحِكَايَةُ حالٍ لا عُمُومَ لها ، وإنَّما ثَبَتَ حُكْمُها فيما مَاثَلَها ، ولا نَعْلَمُ حالَ أوْلَادِ بَشِيرٍ ، هل كان فيهم أُنْثَى أو لا ؟ ولَعَلَّ النبىَّ ﷺ قد عَلِمَ أنَّه ليس له إلَّا وَلَدٌ ذَكَرٌ . ثم
١٧٢/٥ ظ تُحْمَلُ التَّسْوِيَةُ / على القِسْمَةِ على كتابِ اللهِ تعالى . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ التَّسْوِيَةَ فى (١٨أصْلِ العَطَاءِ ، لا فى صِفَتِه ، فإنِ القِسْمَةَ لا تَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ١٨) من كلِّ وَجْهٍ وكذلك الحَدِيثُ الآخَر(١٩) ، ودَلِيلُ ذلك قولُ عَطَاءٍ : ما كانوا يُقَسِّمُونَ إلَّا على كِتَابِ اللهِ تعالى . وهذا خَبَرٌ عن جَمِيعِهم ، على أنَّ الصَّحِيحَ من خَبَرِ ابن عَبّاسٍ أنَّه مُرْسَلٌ .

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بين سائِرِ أقَارِبِه ، ولا إعْطَاؤُهم على قَدْرِ مَوَارِيثِهم ، سواءٌ كانوا من جِهَةٍ واحِدَةٍ ، كإخْوَةٍ وأخَواتٍ ، وأعْمَامٍ وبَنِى عَمٍّ ، أو من جِهَاتٍ ، كبَنَاتٍ وأخَوَاتٍ وغيرِهم . وقال أبو الخَطَّابِ : المَشْرُوعُ فى عَطِيَّةِ الأوْلادِ وسائِرِ الأقارِبِ ، أن يُعْطِيَهم على قَدْرِ مَوارِيثِهم(٢٠) ، فإن خالَفَ وفَعَلَ ، فعليه أن يَرْجِعَ ويَعُمَّهُم بالنِّحْلَةِ ؛ لأنَّهم فى مَعْنَى الأوْلادِ ، فثَبَتَ فيهم مثلُ حُكْمِهم . ولَنا ، أنَّها عَطِيَّةٌ لغيرِ الأوْلادِ فى صِحَّتِه ، فلم تَجِبْ عليه التَّسْوِيَةُ ، كما لو كانوا غيرَ وارِثِينَ ، ولأنَّ الأصْلَ إباحَةُ تَصَرُّفِ الإنْسانِ فى مالِه كيف شاءَ ، وإنَّما وَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بين الأوْلادِ بالخَبَرِ ، وليس غيرُهم فى مَعْنَاهُم ؛ لأنَّهم اسْتَوَوْا فى وُجُوبِ بِرِّ والدِهِم ، فاسْتَوَوْا فى

(١٨ – ١٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) فى م : « ميراثهم » .

عَطِيَّتِه . وبهذا عَلَّلَ النبيُّ ﷺ حين قال : « أَيَسُرُّكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بِرِّكَ ؟ » قال : نعم . قال : « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ » . ولم يُوجَدْ هذا فى غيرِهم ، ولأنَّ لِلْوَالِدِ الرُّجُوعَ [21]فيما أَعْطَى[21] وَلَدَه ، فيُمْكِنُه أن يُسَوِّىَ بينهم باسْتِرْجاعِ ما أَعْطَاهُ لبعضِهم ، ولا يُمْكِنُ ذلك فى غيرِهم ، ولأنَّ الأَوْلادَ لِشِدَّةِ مَحَبَّةِ الوالِدِ لهم ، وصَرْفِ مالِه إليهم عادَةً ، يَتَنَافَسُونَ فى ذلك ، ويَشْتَدُّ عليهم تَفْضِيلُ بعضِهم ، ولا يُبَارِيهم فى ذلك غيرُهم ، فلا يَصِحُّ قِيَاسُه عليهم ، ولا نَصَّ فى غيرِهم ، ولأنَّ النبيَّ ﷺ قد عَلِمَ لِبَشِيرٍ زَوْجَةً ، ولم يَأْمُرْه بإعْطَائِها شيئا حين أَمَرَه بالتَّسْوِيةِ بين أَوْلادِه ، ولم يَسْأَلْهُ هل لك وارِثٌ غيرَ وَلَدِكَ ؟

فصل : والأُمُّ فى المَنْعِ من المُفَاضَلَةِ بين الأَوْلادِ كالأَبِ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « اتَّقُوا اللهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . ولأنَّها أحدُ الوَالِدَيْنِ ، فمُنِعَتْ التَّفْضِيلَ[22] كالأَبِ ، ولأنَّ ما يَحْصُلُ بتَخْصِيصِ الأَبِ بعضَ وَلَدِه من الحَسَدِ والعَدَاوَةِ ، يُوجَدُ مثلُه فى تَخْصِيصِ الأُمِّ بعضَ وَلَدِها ، [23]فثَبَتَ لها[23] مثلُ حُكْمِه فى ذلك .

فصل : وقول الخِرَقِيِّ : « أُمِرَ بِرَدِّهِ » . يَدُلُّ على أنَّ للأَبِ الرُّجُوعَ فيما وَهَبَ لِوَلَدِه . وهو ظاهِرُ مذهبِ أحمدَ ، سواءٌ قَصَدَ بِرُجُوعِه التَّسْوِيَةَ بين الأَوْلادِ أو لم يُرِدْ ، وهذا مذهبُ مالِكٍ / ، والأَوْزَاعِيِّ ، والشافِعِيِّ ، وإسحاقَ ، وأبي ثَوْرٍ . وعن أحمدَ ، ١٧٣/٥ و
رِوَايةٌ أخرى : ليس له الرُّجُوعُ فيها . وبها قال أصْحابُ الرَّأْيِ ، والثَّوْرِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ : « العائِدُ فِي هِبَتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ »[24] . مُتَّفَقٌ عليه . وعن عمرَ ابن الخَطّابِ رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : مَنْ[25] وَهَبَ هِبَةً يَرَى أنَّه أرادَ بها صِلَةَ رَحِمٍ ، أو على وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فإنَّه لا يَرْجِعُ فيها ، ومن وَهَبَ هِبَةً أرادَ بها الثَّوابَ ، فهو على هِبَتِه ،

(٢١ - ٢١) فى م : « فى عطية » .

(٢٢) فى م : « بالتفضيل » .

(٢٣ - ٢٣) فى الأصل : « فيثبت فيها » .

(٢٤) تقدم تخريجه فى : ١٠٤/٤ .

(٢٥) فى الأصل : « فى من » .

يَرْجِعُ فيها إذا لم يَرْضَ منها . رَوَاه مالِكٌ ، فى « المُوَطَّأ »[26] . ولأنَّها هِبَةٌ يَحْصُلُ بها الأَجْرُ من اللهِ تعالى ، فلم يَجُزِ الرُّجُوعُ فيها ، كصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ لِبَشِيرِ بن سَعْدٍ : « فَارْدُدْهُ » . ورُوِى : « فأَرْجِعْهُ » . رَوَاه كذلك مالِكٌ عن الزُّهْرِىِّ ، عن حُمَيْدِ بن عبد الرَّحْمنِ ، عن النُّعْمانِ . فأَمَرَه بالرُّجُوعِ فى هِبَتِه ، وأَقَلُّ أَحْوالِ الأَمْرِ الجَوَازُ ، وقد امتَثَلَ بَشِيرُ بن سَعْدٍ ذلك[27] ، فرَجَعَ فى هِبَتِه لِوَلَدِه ، ألا تَرَاهُ قال فى الحَدِيثِ : فرَجَعَ أَبِى ، فرَدَّ تلك الصَّدَقَة . وحَمْلُ الحَدِيثِ على أنَّه لم يكُنْ أَعْطاهُ شيئا ، يُخَالِفُ ظاهِرَ الحَدِيثِ ؛ لقولِه : تَصَدَّقَ علىَّ أَبِى بصَدَقَةٍ . وقولُ بَشِيرٍ : إنِّى نَحَلْتُ ابْنِى غُلَامًا . يَدُلُّ على أنَّه كان قد أَعْطاهُ . وقول النبىِّ ﷺ : « فَارْدُدْهُ » . وقوله : « فأَرْجِعْهُ » . ورَوَى طاوُسٌ ، عن ابنِ عمرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، يَرْفَعانِ الحَدِيثَ إلى النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يُعْطِىَ عَطِيَّةً ، فيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِىُّ[28] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وهذا يَخُصُّ عُمُومَ ما رَوَوْهُ[29] ويُفَسِّرُه . وقِيَاسُهم مَنْقُوضٌ بِهِبَةِ الأَجْنَبِىِّ ؛ فإنَّ فيها أَجْرًا وثَوَابًا ، فإنَّ النبىَّ ﷺ نَدَبَ إليها . وعندَهم له الرُّجُوعُ فيها ، والصَّدَقَةُ على الوَلَدِ[30] كمَسْأَلَتِنا ، وقد دَلَّ حَدِيثُ النُّعْمانِ بن بَشِيرٍ على الرُّجُوعِ فى الصَّدَقَةِ ؛ لقولِه : تَصَدَّقَ علىَّ أَبِى بِصَدَقَةٍ .

فصل : وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ الأُمَّ كالأَبِ ، فى الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ ؛ لأنَّ

---

(26) فى : باب القضاء فى الهبة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٤ .

(27) فى م : « فى ذلك » .

(28) فى : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب الهبة . عارضة الأحوذى ٨/٢٩٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦١ . وابن ماجه ، فى : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٥ . والإمام أحمد ، فى المسند ٢/٧٨ .

(29) فى م : « رواه » .

(30) فى م : « الوالد » .

قولَه : « وإذا فاضَلَ بين أوْلادِه » يَتَناوَلُ كلَّ والدٍ ، ثم قال فى سِياقِه : « أمِرَ بِرَدِّه » . فيَدْخُلُ فيه الأُمُّ . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّها داخِلَةٌ فى قولِه : « إلَّا الوالِدَ فيما يُعْطِى وَلَدَه » . ولأنَّها لما دَخَلَتْ فى قولِ النبىِّ : « سَوُّوا بَيْنَ أوْلَادِكُمْ » . يَنْبَغِى أن تَتَمكَّنَ من التَّسْوِيَةِ ، والرُّجُوعُ فى الهِبَةِ طَرِيقٌ فى التَّسْوِيَةِ ، وربَّما تَعَيَّنَ طَرِيقًا فيها إذا لم يُمْكِنْ إعْطاءُ الآخَرِ مثلَ عَطِيَّةِ الأَوَّلِ ، ولأنَّها لما دَخَلَتْ فى المَعْنَى فى حَدِيثِ / بَشِيرِ [31]بن ٥/١٧٣ ظ

سعد[31] ، فيَنْبَغِى أن تَدْخُلَ فى جَمِيعِ مَدْلُولِه ؛ لقولِه : « فَارْدُدْهُ » . وقوله : « فَأَرْجِعْهُ » . ولأنَّها لما سَاوَتِ الأَبَ فى تَحْرِيمِ تَفْضِيلِ بعضِ وَلَدِها ، يَنْبَغِى أن تُسَاوِيَه فى التَّمَكُّنِ من الرُّجُوعِ فيما فَضَّلَه به ، تَخْلِيصًا لها من الإِثْمِ ، وإزَالةً لِلتَّفْضِيلِ المُحَرَّمِ ، كالأَبِ . والمَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّه ليس لها الرُّجُوعُ . قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : الرُّجُوعُ لِلْمَرْأةِ فيما أعْطَتْه وَلَدَها كالرَّجُلِ ؟ قال : ليس هى عندى فى هذا كالرَّجُلِ ؛ لأنَّ لِلأَبِ أن يَأْخُذَ من مالِ وَلَدِه ، والأُمُّ لا تَأْخُذُ . وذَكَرَ حَدِيثَ عائِشَةَ : « أطْيَبُ [32]مَا أكلَ[32] الرجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وإنَّ وَلَدَه مِنْ كَسْبِهِ »[33] . أى كأنَّه الرَّجُلُ . قال أصْحابُنا : والحَدِيثُ حُجَّةٌ لنا ، فإنَّه خَصَّ الوالِدَ ، وهو بإطْلَاقِه إنَّما يَتَنَاوَلُ الأبَ دون الأُمِّ ، والفَرْقُ بينهما أنَّ لِلأَبِ وِلَايةً على وَلَدِه ، ويَحُوزُ جَمِيعَ المَالِ فى المِيرَاثِ ، والأُمُّ بخِلَافِه . وقال مالكٌ : للأُمِّ الرُّجُوعُ فى هِبَةِ وَلَدِها ما كان أبُوه حَيًّا ، فإن كان مَيِّتًا ، فلا رُجُوعَ لها ؛ لأنَّها هِبَةٌ لِيَتِيمٍ ، وَهِبَةُ اليَتِيمِ لازِمَةٌ ، كصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ ، ومن مَذْهَبِه أنَّه لا يُرْجَعُ فى صَدَقَةِ التَّطَوُّعِ .

(٣١ – ٣١) سقط من : م .
(٣٢ – ٣٢) فى م : « مأكل » .
(٣٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٩/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١١٠/٦ . والنسائى ، فى : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٢/٧ . وابن ماجه ، فى : باب ما للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند : ٣١/٦ ، ٤١ ، ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

فصل : ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنا بين الهِبَةِ والصَّدَقةِ . وهو قولُ الشافِعِيّ . وفَرَّقَ مالِكٌ وأصْحابُ الرَّأْيِ بينهما ، فلم يُجيزُوا الرُّجُوعَ فى الصَّدَقَةِ بحالٍ ، واحْتَجُّوا بحَدِيثِ عمرَ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً ، وأرَادَ بها صِلَةَ رَحِمٍ ، أو على وَجْهِ صَدَقةٍ ؛ فإنَّه لا يَرْجِعُ . ولَنا ، حَدِيثُ النُّعْمانِ بن بَشِيرٍ ، فإنَّه قال : تَصَدَّقَ عليَّ أبى بصَدَقةٍ . وقال : فرَجَعَ أبى ، فرَدَّ تلك الصَّدَقَةَ . وأيضا عُمُومُ قولِ النبىّ ﷺ : « إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَهُ » . وهذا يُقَدَّم على[34] قولِ عمرَ ، ثم هو خاصٌّ فى الوالِدِ ، وحَدِيثُ عمرَ عامٌّ ، فيَجِبُ تَقْدِيمُ الخاصِّ .

فصل : وللرُّجُوعِ فى هِبَةِ الوَلَدِ شُرُوطٌ أرْبَعةٌ :

أحدها ، أن تكونَ باقِيةً فى مِلْكِ الابنِ ، فإن خَرَجَتْ عن مِلْكِه ، ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو وَقْفٍ أو إرْثٍ أو غيرِ ذلك ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ فيها ؛ لأنَّه إبْطالٌ لمِلْكِ غيرِ الوالِدِ . وإن عادَتْ إليه بِسَبَبٍ جَدِيدٍ ، كبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو وَصِيَّةٍ أو إرْثٍ ونحو ذلك ، لم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيها ؛ لأنَّها عادَتْ بمِلْكٍ جَدِيدٍ لم يَسْتَفِدْهُ من قِبَلِ أبِيه ، فلا يَمْلِكُ فَسْخَه وإزَالَتَه ، كالذى لم يكُنْ مَوْهُوبًا له . وإن عادَتْ إليه بفَسْخِ البَيْعِ ، لِعَيْبٍ أو إقَالَةٍ أو فَلَسِ المُشتَرِى ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ السَّبَبَ المُزِيلَ ارْتَفَعَ ، وعادَ المِلْكُ بالسَّبَبِ الأوَّلِ ، فأشْبَهَ ما لو فَسَخَ البَيْعَ بخِيَارِ المَجْلِسِ أو خِيَارِ الشَّرْطِ . والثانى ، /لا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ المِلْكَ عادَ إليه بعدَ اسْتِقْرارِ مِلْكِ من انْتَقلَ إليه عليه ، فأشْبَهَ ما لو عادَ إليه بهِبَةٍ . فأمَّا إن عادَ إليه لِلْفَسْخِ بخِيَارِ الشَّرْطِ ، أو خِيَارِ المَجْلِسِ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ المِلْكَ لم يَسْتَقِرَّ عليه . ٥/١٧٤ و

فصل : الثانى ، أن تكونَ العَيْنُ باقِيَةً فى تَصَرُّفِ الوَلَدِ ، بحيث يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى رَقَبَتِها ، فإن اسْتَوْلَدَ الأمَةَ ، لم يَمْلِكِ الأبُ الرُّجُوعَ فيها ؛ لأنَّ المِلْكَ فيها لا يجوزُ نَقْلُه إلى غيرِ سَيِّدِها . وإن رَهَنَ العَيْنَ ، أو أفْلَسَ وحُجِرَ عليه ، لم يَمْلِكِ الأبُ الرُّجُوعَ فيها ؛

---

(٣٤) سقط من : م .

لأنَّ فى ذلك إبطالًا لِحَقِّ غير الوَلَدِ . فإن زالَ المانِعُ من التَّصرُّفِ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ مِلْكَ الابنِ لم يَزُلْ ، وإنَّما طَرَأَ مَعْنًى قَطَعَ التَّصرُّفَ مع بَقاءِ المِلْكِ ، فمَنَعَ الرُّجُوعَ ، فإذا زالَ [زال] المَنْعُ ، والكِتَابةُ كذلك عندَ مَنْ لا يَرَى بَيْعَ المُكاتَبِ . وهو مذهبُ الشافِعِىِّ وجَمَاعَةٍ سواهُ . فأمَّا من أجازَ بَيْعَ المُكَاتَبِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المُسْتأْجَرِ والمُزَوَّجِ . وأما التَّدْبِيرُ ، فالصَّحِيحُ أنَّه لا يَمْنَعُ البَيْعَ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجوعَ . وإن قُلْنا : يَمْنَعُ البَيْعَ . مَنَعَ الرُّجُوعَ . وكل تَصرُّفٍ لا يَمْنَعُ الابنَ التَّصرُّفَ فى الرَّقَبةِ ، كالوَصِيَّةِ والهِبَةِ قبلَ القَبْضِ فيما يَفْتَقِرُ إليه[٣٥] ، والوَطْءِ والتَّزْوِيجِ والإِجَارَةِ والكِتَابةِ والتَّدْبِيرِ ، إن قُلْنا : لا يَمْنَعُ البَيْعَ ، والمُزارَعَةَ عليها ، وجَعْلَها مُضَارَبةً ، أو فى عَقْدِ شَرِكَةٍ ، فكلُّ ذلك لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ تَصرُّفَ الابنِ فى رَقَبَتِها ، وكذلك العِتْقُ المُعَلَّقُ على صِفَةٍ . وإذا رَجَعَ وكان التَّصرُّفُ لازِمًا ، كالإِجَارَةِ والتَّزوِيجِ والكِتَابةِ ، فهو باقٍ بحالِه ؛ لأنَّ الابنَ لا يَمْلِكُ إبْطَالَه ، فكذلك مَن انْتَقَلَ إليه . وإن كان جائِزًا ، كالوَصِيَّةِ والهِبَةِ قبلَ القَبْضِ ، بَطَلَ ؛ لأنَّ الابنَ يَمْلِكُ إبْطَالَه . وأما التَّدْبِيرُ والعِتْقُ المُعَلَّقُ بصِفَةٍ ، فلا يَبْقَى حُكْمُهُما فى حَقِّ الأبِ ، ومتى عادَ إلى الإبنِ ، عادَ حُكْمُهُما . فأمَّا البَيْعُ الذى للابْنِ فيه خِيَارٌ ، إما لِشَرْطٍ ، أو عَيْبٍ فى الثَّمَنِ ، أو غيرِ ذلك ، فيَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ الرُّجوعَ يَتَضَمَّنُ فَسْخَ مِلْكِ الابنِ فى عِوَضِ المَبيعِ ، ولم يَثْبُتْ له ذلك من جِهَتِه . وإن وَهَبَهُ الابنُ لِابنِه ، لم يَمْلِكِ الرُّجوعَ فيه ؛ لأنَّ رُجُوعَه إبْطالٌ لِمِلْكِ غيرِ ابْنِه . فإن رَجَعَ الابنُ فى هِبَتِه ، احْتَمَلَ أن يَمْلِكَ الأبُ الرُّجُوعَ فى هِبَتِه حينئذٍ ؛ لأنَّه فَسَخَ هِبَتَه بِرُجُوعِه ، فعادَ إليه المِلْكُ بالسَّبَبِ الأوَّلِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الأبُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه رَجَعَ إلى ابْنِه[٣٦] بعد اسْتِقْرارِ مِلْكِ غيرِه عليه ، فأشْبَهَ ما لو وَهَبَهُ ابْنُ الابنِ لأَبِيه[٣٧] .

---

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) فى الأصل : « أبيه » .

(٣٧) فى الأصل : « لابنه » .

١٧٤/٥ ظ / **فصل** : الثالث ، أن لا يَتَعَلَّق بها رَغْبَةٌ لغيرِ الوَلَدِ ، فإن تَعَلَّقَتْ بها رَغْبَةٌ لغيرِه ، مثل أن يَهَبَ وَلَدَه شيئا فيَرْغَبَ الناسُ فى مُعَامَلَتِه ، وأدَانُوه دُيُونًا ، أو رَغِبُوا فى مُنَاكَحَتِه ، فزَوَّجُوه إن كان ذَكَرًا ، أو تَزَوَّجَتِ الأُنْثَى لذلك ، فعن أحمدَ رِوَايَتانِ ؛ أُولاهما ، ليس له الرُّجُوعُ . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى الحارِثِ ، فى الرَّجُلِ يَهَبُ لِابْنِه مالًا : فله الرُّجُوعُ ، إلَّا أن يكونَ غَرَّ به قَوْمًا، فإن غَرَّ به ، فليس له أن يَرْجِعَ فيها . وهذا مذهبُ مالِكٍ ؛ لأنَّه تَعَلَّق به حَقُّ غيرِ الابْنِ ، ففى الرُّجُوعِ إبْطَالُ حَقِّه ، وقد قال عليه السلامُ : « لَا ضَرَرَ ولَا ضِرَارَ »[٣٨] . وفى الرُّجُوعِ ضَرَرٌ ، ولأنَّ فى هذا تَحَيُّلًا على إلْحاقِ الضَّررِ بالمُسْلِمينَ ، ولا يجوزُ التَّحَيُّلُ على ذلك . والثانية ، له الرُّجُوعُ ؛ لِعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّ حَقَّ المُتَزَوِّجِ والغَرِيمِ لم يَتَعَلَّقْ بعَيْنِ هذا المالِ ، فلم يَمْنَع الرُّجُوعَ فيه .

فصل : الرابع ، أن لا تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ والكِبَرِ وتَعَلُّمِ صَنْعةٍ . فإن زادَتْ ، فعن أحمدَ رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهو مذهبُ الشافِعِيّ ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ فى المَوْهُوبِ ، فلم تَمْنَع الرُّجُوعَ ، كالزِّيَادَةِ قبلَ القَبْضِ ، والمُنْفَصِلَةِ . والثانية ، تَمْنَعُ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ لِلْمَوْهُوبِ له لِكَوْنِها نَماءَ مِلْكِه ، ولم تَنْتَقِلْ إليه من جِهَةِ أبيه ، فلم يَمْلِك الرُّجُوعَ فيها ، كالمُنْفَصِلَةِ ، وإذا امْتَنَعَ الرُّجُوعُ فيها ، امْتَنَعَ الرُّجُوعُ فى الأصْلِ ، لئلَّا يُفْضِىَ[٣٩] إلى سُوءِ المُشَارَكةِ ، وضَرَرِ التَّشْقِيصِ ، ولأنَّه[٤٠] اسْتِرْجاعٌ للمالِ بِفَسْخِ عَقْدٍ لغيرِ عَيْبٍ فى عِوَضِه ، فمَنَعْه الزِّيَادَةَ المُتَّصِلَةَ ، كاسْتِرْجاعِ الصَّدَاقِ بِفَسْخِ النِّكَاحِ ، أو نِصفِه بالطَّلَاقِ ، أو رُجُوعِ البائعِ فى المَبِيعِ لِفَلَسِ المُشْتَرِى . ويُفَارِقُ الرَّدَّ بالعَيْبِ من جِهَةِ أنَّ الرَّدَّ من المُشْتَرِى ، وقد رَضِىَ بِبَذَلِ الزِّيادَةِ . وإن فرضَ الكَلَام فيما إذا باعَ عَرْضًا بِعَرْضٍ ،

---

(٣٨) تقدم تخريجه فى : ٤/١٤٠ .

(٣٩) فى م : « يقتضى » .

(٤٠) فى الأصل زيادة : « فسخ » .

فزادَ أحدُهما ، ووَجدَ المُشْتَرِى الآخَر به عَيْبًا ، قُلْنا : بائِعُ المَعِيبِ سَلَّطَ مُشْتَرِيَه على الفَسْخِ ، بِبَيْعِه المَعِيبَ ، فكأنَّ الفَسْخَ وُجِدَ منه . ولهذا قُلْنا ، فيما إذا فَسَخَ الزَّوْجُ النِّكَاحَ لِعَيْبِ المَرْأةِ قبل الدُّخُولِ : لا صَدَاقَ لها ، كما لو فَسَخَتْه . وعلى هذا لا فَرْقَ بين الزِّيَادَةِ فى العَيْنِ ، كالسِّمَنِ والطُّولِ ونحوهما ، أو فى المَعَانِى ، كتَعَلُّمِ [41] صَنْعَةٍ أو كِتَابةٍ أو قُرْآنٍ [41] أو عِلْمٍ ، أو إسْلَامٍ ، أو قَضَاءِ دَيْنٍ عنه . وبهذا قال محمدُ بن الحَسَنِ . وقال أبو حَنِيفةَ : الزِّيَادَةُ بتَعْلِيمِ القُرْآنِ وقَضَاءِ الدَّيْنِ عنه ، لا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . ولَنا ، أنَّها زِيَادَةٌ لها مُقَابِلٌ من الثَّمَنِ ، فمَنَعَتِ الرُّجُوعَ ، كالسِّمَنِ وتَعَلُّمِ الصَّنْعَةِ . وإن زادَ ببُرْئِه من / مَرَضٍ أو صَمَمٍ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ، كسائِرِ الزِّيادَاتِ ، وإن كانت زِيَادَةُ العَيْنِ أو التَّعَلُّمِ لا تَزِيدُ فى قِيمَتِه شيئًا ، أو يَنْقُصُ منها ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ ؛ ١٧٥/٥ و
لأنَّ ذلك ليس بزِيَادَةٍ فى المالِيَّةِ . وأمَّا الزِّيَادَةُ المُنْفَصِلَة ، كوَلَدِ البَهِيمَةِ ، وثَمَرةِ الشَّجَرَةِ ، وكَسْبِ العَبْدِ ، فلا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ بغيرِ اخْتِلَافٍ نَعْلَمُه . والزِّيَادَةُ لِلْوَلَدِ ؛ لأنَّها حادِثَةٌ فى مِلْكِه ، ولا تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، فلا تَتْبَعُ هٰهُنا . وذَكَرَ القاضى وَجْهًا آخَرَ ، أنَّها للأبِ . وهو بَعِيدٌ ، فإنْ كانت الزِّيادَةُ وَلَدَ أَمَةٍ لا يجوزُ التَّفْرِيقُ بينه وبين أُمِّهِ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه يَلْزَمُ منه التَّفْرِيقُ بينه وبين أُمِّه ، وذلك مُحَرَّمٌ [42] ، إلَّا أن نَقُولَ إنَّ الزِّيادَةَ المُنْفَصِلَةَ للأبِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه يَرْجِعُ فيهما جَمِيعا ، أو يَرْجِعُ فى الأُمِّ ، ويَتَمَلَّكُ [43] الوَلدَ من مالِ وَلَدِه .

فصل : وإن قَصَرَ [44] العَيْنَ أو فَصَّلَها ، فلم تَزِدْ قِيمَتُها ، لم تَمْنَعِ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ العَيْنَ لم تَزِدْ ولا القِيمَةَ ، وإن زادَتْ قِيمَتُها ، فهى زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، هل تَمْنَعُ الرُّجُوعَ أو لا ؟ مَبنِيٌّ [45] على الرِّوَايَتَيْنِ فى السِّمْنةِ . ويَحْتَمِلُ أن تَمْنَعَ هذه الزِّيَادَةُ الرُّجُوعَ بكلِّ

(٤١ - ٤١) فى الأصل : « الصناعة أو الكتابة أو القرآن » .
(٤٢) فى الأصل : « يحرم » .
(٤٣) فى الأصل : « ويملك » .
(٤٤) قصر الثوب : دقه وبيضه .
(٤٥) فى الأصل : « يبنى » .

حالٍ ؛ لأنَّها حاصِلَةٌ بِفِعْلِ الابْنِ ، فجَرَتْ مَجْرَى العَيْنِ الحاصِلَةِ بِفِعْلِه ، بخِلَافِ السِّمَنِ ، فإنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ للأَبِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، لأنَّه نَماءُ العَيْنِ ، فيكون تابِعًا لها . وإن وَهَبَه حامِلًا فوَلَدَتْ فى يَدِ الابْنِ ، فهى زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فى الوَلَدِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الوَلَدُ زِيادَةٌ مُنْفصِلَةٌ إذا قُلْنا : الحَمْلُ لا حُكْمَ له . وإن وَهَبَه حامِلًا ، ثم رَجَعَ فيها حامِلًا ، جازَ إذا لم تَزِدْ قِيمَتُها ، وإن زادَتْ قِيمَتُها ، فهى زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ[٤٦] . وإن وهَبَه حائِلًا فحَمَلَتْ ، فهى زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ[٤٦] ، وله الرُّجُوعُ فيها دُونَ حَمْلِها . وإن قُلْنا : إنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له ، فزَادَت به قِيمَتُها ، فهى زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وإن لم تَزِدْ قِيمَتُها ، جازَ الرُّجُوعُ فيها . وإن وَهَبَه نَخْلًا فحَمَلَتْ ، فهى قبلَ التَّأْبِيرِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وبعدَه زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ .

فصل : وإن تَلِفَ بعضُ العَيْنِ ، أو نَقَصَتْ قِيمَتُها ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ فيها ، ولا ضَمَانَ على الابنِ فيما تَلِفَ منها ؛ لأنَّها تَتْلَفُ[٤٧] على مِلْكِه . وسواءٌ تَلِفَ بِفِعْلِ الابنِ أو بغيرِ فِعْلِه . وإن جَنَى العَبْدُ جِنَايةً تَعَلَّقَ أَرْشُها بِرَقَبَتِه ، فهو كنُقْصانِه بذَهابِ بعضِ أَجْزائِه ، وللأَبِ الرُّجُوعُ فيه ، فإن رَجَعَ فيه ، ضَمِنَ أَرْشَ الجِنَايةِ . وإن جُنِىَ على العَبْدِ ، فرَجَعَ الأَبُ[٤٨] فيه ، فأَرْشُ الجِنَايةِ عليه للابْنِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الزِّيادَةِ المُنْفَصِلَةِ . فإن قِيلَ : فلو أرادَ الأبُ الرُّجوعَ فى[٤٩] الرَّهْنِ ، وعليه فَكَاكُه ، لم يَمْلِكْ
١٧٥/٥ ظ ذلك ، فكيف مَلَكَ الرُّجُوعَ فى[٤٩] العَبْدِ / الجانِى إذا أَدَّى أَرْشَ جِنايَتِه ؟ قُلْنا : الرَّهْنُ يَمْنَعُ التَّصرُّفَ فى العَيْنِ ، بخِلَافِ الجِنَايةِ ، ولأنَّ فَكَّ الرَّهْنِ فَسْخٌ لِعَقْدٍ عَقدَهُ المَوْهُوبُ له ، وهٰهُنا لم يَتَعلَّق الحَقُّ به من جِهَةِ العَقْدِ ، فافْتَرَقا .

فصل : والرُّجُوعُ فى الهِبَةِ أن يقولَ : قد رَجَعْتُ فيها ، أو ارْتَجَعْتُها ،

---

(٤٦) فى م : « منفصلة » .

(٤٧) فى الأصل : « تلف » .

(٤٨) فى م زيادة : « فيرجع الأب » .

(٤٩ – ٤٩) سقط من : الأصل .

أو ارْتَدَدْتُها(٥٠) . أو نحو ذلك من الألْفاظِ الدَّالَّةِ على الرُّجُوعِ ، ولا يَحْتاجُ إلى حُكْمِ حاكِمٍ . وبهذا قال الشافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إلَّا بقَضَاءِ قاضٍ ؛ لأنَّ مِلْكَ المَوْهُوبِ له مُسْتَقِرٌّ . ولَنا ، أنَّه خِيَارٌ فى فَسْخِ عَقْدٍ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى قَضَاءٍ ، كالفَسْخِ بخِيَارِ الشَّرْطِ . فأمَّا إن أخَذَ ما وَهَبَه لِوَلَدِه ، فإن نَوَى به الرُّجُوعَ ، كان رُجُوعًا ، والقولُ قَوْلُه فى نِيَّتِه ، وإن لم يُعْلَمْ هل نَوَى الرُّجُوعَ أو لا ، وكان ذلك بعدَ مَوْتِ الأبِ ، فإن لم تُوجَدْ قَرِينَةٌ تدُلُّ على الرُّجُوعِ ، لم يُحْكَم بكَوْنِه رُجُوعًا ؛ لأنَّ الأخْذَ يَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ وغيرَه ، فلا نُزِيلُ حُكْمًا يَقِينِيًّا(٥١) بأمْرٍ مَشْكُوكٍ فيه . وإن اقْتَرَنَتْ به قَرَائِنُ دالَّةٌ(٥٢) على الرُّجُوعِ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يكونُ رُجُوعًا . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّنا اكْتَفَيْنا فى العَقْدِ بدَلَالةِ الحالِ ، ففى الفَسْخِ أَوْلَى ، ولأنَّ لَفظَ الرُّجُوعِ إنَّما كان رُجُوعًا لِدَلَالَتِه عليه ، فكذلك كلُّ ما دَلَّ عليه . والآخَرُ ، لا يكون رُجُوعًا . وهو مذهبُ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّ المِلْكَ ثابتٌ لِلْمَوْهُوبِ له يَقِينًا ، فلا يَزُولُ إلَّا بالصَّرِيحِ . ويُمْكِنُ أن يُبْنَى هذا على نَفْسِ العَقْدِ ، فمَن أوْجَبَ الإِيجَابَ والقَبُولَ فيه ، لم يَكْتَفِ هـٰهُنا إلَّا بلَفْظٍ يَقْتَضِي زَوَالَه ، ومن اكْتَفَى فى العَقْدِ بالمُعَاطاةِ الدَّالَّةِ على الرِّضَا به ، فهـٰهُنا أَوْلَى . وإن نَوَى الرُّجُوعَ من غيرِ فِعْلٍ ولا قَوْلٍ ، لم يَحْصُلِ الرُّجُوعُ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه إثْباتُ المِلْكِ على مالٍ مَمْلُوكٍ لغيرِه ، فلم يَحْصُلْ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كسائِرِ العُقُودِ . وإن عَلَّقَ الرُّجُوعَ بشَرْطٍ ، فقال : إذا جاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فقد رَجَعْتُ فى الهِبَةِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ لِلْعَقْدِ لا يَقِفُ على شَرْطٍ ، كما لا يَقِفُ العَقْدُ عليه .

٩٣٥ – مسألة ؛ قال : (**فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَرْدُدْهُ ، فَقَدْ ثَبَتَ لِمَنْ وَهَبَ لَهُ ، إذَا كَانَ ذٰلِكَ فِي صِحَّتِهِ**)

يعنى إذا فاضَلَ بين وَلَدِه فى العَطَايَا ، أو خَصَّ بعضَهم بعَطِيَّةٍ(١) ، ثم ماتَ قبل أن

---

(٥٠) فى الأصل : « رددتها » .

(٥١) فى م : « يقينا » .

(٥٢) فى م : « دار » خطأ .

(١) فى الأصل : « بعطيته » .

يَسْتَرِدَّه ، ثَبَتَ ذلك لِلْمَوْهُوبِ له ، ولَزِمَ ، وليس لِبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ الرُّجُوعُ . هذا المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فى رِوَايةِ محمدِ بن الحَكَمِ ، والمَيْمُونِىِّ ، وهو اخْتِيارُ الخَلَّالِ ، / وصَاحِبه أبى بكرٍ . وبه قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى ، وأَكْثَرُ أهْلِ العِلْمِ ، وفيه رِوَايةٌ أخرى (٢عن أحمدَ٢) ، أنَّ لِسَائِر الوَرَثَةِ أن يَرْتَجِعُوا ما وَهَبَه . اخْتَارَه ابنُ بَطَّةَ وأبو حَفْصٍ العُكْبَرِيَّانِ . وهو قولُ عُرْوَةَ بن الزُّبَيْرِ ، وإسحاقَ . وقال أحمدُ : عُرْوَةُ قد رَوَى الأحَادِيثَ الثَّلاثَةَ ؛ حَدِيثَ عائِشَةَ ، وحَدِيثَ عمرَ ، وحَدِيثَ عُثْمانَ[٣] ، وتَرَكَها وذَهَبَ إلى حَدِيثِ النبىِّ ﷺ ، يردُّ فى حَيَاةِ الرَّجُلِ وبعد مَوْتِه[٤] . وهذا قولُ إسحاقَ ، إلَّا أنَّه قال : إذا ماتَ الرَّجُلُ فهو مِيرَاثٌ بينهم ، لا يَسَعُ أن يَنْتَفِعَ أحدٌ مما أُعْطِىَ دون إخْوَتِهِ وأَخَواتِه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ سَمَّى ذلك جَوْرًا بقوله : « لَا تُشْهِدْنِى عَلَى جَوْرٍ » . والجَوْرُ حَرَامٌ لا يَحِلُّ لِلْفاعِلِ فِعْلُه ، ولا لِلْمُعْطَى تَنَاوُلُه . والمَوْتُ لا يُغَيِّرُه عن كَوْنِه جَوْرًا حَرَامًا ، فيَجِبُ رَدُّه ، ولأنَّ أبا بكرٍ وعُمَرَ أمَرَا قَيْسَ ابن سَعْدٍ ، أن يَرُدَّ قِسْمَةَ أبيه حين وُلِدَ له وَلَدٌ ، ولم يكُنْ عَلِمَ به ، ولا أعْطاهُ شيئًا ، وكان ذلك بعد مَوْتِ سَعْدٍ ، فرَوَى سَعِيدٌ[٥] ، بإسْنادِه من طَرِيقَيْنِ ، أن سَعْدَ بن عُبَادَةَ قَسَّمَ مالَه بين أوْلَادِه ، وخَرَجَ إلى الشَّامِ ، فماتَ بها ، ثم وُلِدَ بعدَ ذلك وَلَدٌ فمَشَى أبو بكرٍ وعمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، إلى قَيْسِ بن سَعْدٍ ، فقالا : إن سَعْدًا قَسَّمَ مالَه ، ولم يَدْرِ ما يكونُ ، وإنَّا نَرَى أن تَرُدَّ هذه القِسْمَةَ . فقال قَيْسٌ : لم أكُنْ لأُغَيِّرَ شيئا صَنَعَهُ سَعْدٌ ، ولكن نَصِيبِى له . وهذا مَعْنَى الخَبَرِ . وَوَجْهُ القَوْلِ الأوَّلِ قولُ أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لعائِشَةَ ، لمَّا نَحَلَها نَحْلًا : وَدِدْتُ لو أنَّكِ كنتِ حُزْتِيه[٦] . فَدَلَّ على أنَّها

١٧٦/٥ و

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث عائشة تقدم فى صفحة ٢٦٣ ، وحديث عمر تقدم فى صفحة ٢٦٢ ، وحديث عثمان تقدم فى صفحة ٢٥٤ .

(٤) أى إلى أن معنى حديث النبى ﷺ يرد فى حياة الرجل وبعد موته .

(٥) فى : باب من قطع ميراثا فرضه الله . السنن ١/٩٧ .

(٦) تقدم فى صفحة ٢٠٦ .

لو كانتْ حازَتْه لم يكُنْ له الرُّجوعُ . وكذلك قولُ عمرَ : لا نِحْلةَ إلَّا نِحْلةً يَحُوزُها الوَلَدُ دون الوالِدِ . ولأنها عَطِيَّةٌ لِوَلَدِه فلَزِمَتْ بالمَوْتِ كما لو انْفَرَدَ . وقوله : « إذا كان ذلك فى صِحَّتِه » يَدُلُّ على أنَّ عَطِيَّته فى مَرَضِ مَوْتِه لبعضِ وَرَثَتِه لا تَنْفُذُ ؛ لأنَّ العَطَايَا فى مَرَضِ المَوْتِ بمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ ، فى أنها تُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ إذا كانت لأَجْنَبِىٍّ إجماعًا ، فكذلك لا تَنْفُذُ فى حَقِّ الوارِثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن أحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، أنَّ حُكْمَ الهِبَاتِ فى المَرَضِ الذى يَمُوتُ فيه الواهِبُ ، حُكْمُ الوَصَايَا ، هذا مَذْهَبُ الْمَدِينِىِّ ، والشافِعِىِّ ، والكُوفِىِّ . فإن أعْطَى أحَدَ بَنِيه فى صِحَّتِه ، ثم أعْطَى الآخَرَ فى مَرَضِه ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ فيه ، فإنَّه سُئِلَ عمَّن زَوَّجَ ابْنَه ، فأعْطَى عنه الصَّدَاقَ ، ثم مَرِضَ الأبُ ، وله ابنٌ آخَرُ / ، هل يُعْطِيه [7]فى مَرَضِه[7] ٥/١٧٦ ظ كما أعْطَى ابنَه[8] الآخَرَ فى صِحَّتِه ؟ فقال : لو كان أعْطاهُ فى صِحَّتِه ، فيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ عَطِيَّته فى مَرَضِه كوَصِيَّته ، ولو وَصَّى له لم يَصِحَّ ، فكذلك إذا أعْطاهُ . والثانى ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ التَّسْوِيةَ بينهما واجِبَةٌ ، ولا طَرِيقَ لها فى هذا المَوْضِعِ إلَّا بِعَطِيَّةِ[9] الآخَرِ ، فتكونُ واجِبَةً ، فتَصِحُّ ، كقَضَاءِ دَيْنِه .

فصل : قال أحمدُ : أُحِبُّ أن لا يُقَسِّمَ مالَه ، ويَدَعَه على فرائِضِ اللهِ تعالى ، لعلَّه أن يُولَدَ له ، فإن أعْطَى وَلَدَه مالَه ، ثم وُلِدَ له وَلَدٌ ، فأعْجَبُ إلىَّ أن يَرْجِعَ فيُسَوِّىَ بينهم . يعنى يَرْجِعُ فى الجَمِيعِ ، أو يَرْجِعُ فى بعض ما أعْطَى كلَّ واحِدٍ منهم لِيَدْفَعُوه[10] إلى هذا الوَلَدِ الحادِثِ ، لِيُسَاوِىَ إخْوَتَه . فإن كان هذا الوَلَدُ الحادِثُ بعدَ المَوْتِ ، لم يكُنْ

(٧ – ٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى الأصل : « بعطيته » .

(١٠) فى الأصل : « ليدفعه » .

له الرُّجُوعُ على إخْوَته ؛ لأنَّ العَطِيَّةَ لَزِمَتْ بِمَوْتِ أبيه ، إلَّا على الرِّوايةِ الأخرى ، التى ذَهَبَ إليها أبو عبدِ اللهِ ابن بَطَّةَ . ولا خِلافَ فى أنَّه يُسْتَحَبُّ لِمَنْ[11] أُعْطِىَ أن يُسَاوِىَ أخاه فى عَطِيَّتِه ، ولذلك أمَرَ أبو بكرٍ وعمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، قَيْسَ بن سَعْدٍ ، بِرَدِّ قِسْمَةِ أبيه ، لِيُسَاوُوا المَوْلُودَ الحادِثَ بعدَ مَوْتِ أبيه .

فصل : وللأبِ أن يَأْخُذَ من مالِ وَلَدِه ما شاءَ ، ويَتَمَلَّكَه ، مع حاجةِ الأبِ إلى ما يَأْخُذُه ، ومع عَدَمِها ، صَغِيرًا كان الوَلَدُ أو كَبِيرًا ، بشَرْطَيْنِ ؛ أحدهما ، أن لا يُجْحِفَ بالابنِ ، ولا يَضُرَّ به ، ولا يَأْخُذَ شيئا تَعَلَّقَتْ به حاجَتُه . الثانى ، أن لا يَأْخُذَ من مالِ وَلَدٍ[12] فيُعْطِيَه الآخَرَ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ إسماعيلَ بن سَعِيدٍ ، وذلك لأنَّه مَمْنُوعٌ من تَخْصِيصِ بعضِ وَلَدِه بالعَطِيَّةِ من مالِ نفسِه ، فلأَن يُمْنَعَ من تَخْصِيصِه بما أخَذَ من مالِ وَلَدِه الآخرِ أَوْلَى . وقد رُوِىَ أن مَسْرُوقًا زَوَّجَ ابْنَتَه بِصَدَاقِ عَشْرَةِ آلافٍ ، فأخَذَها ، وأنْفَقَها فى سَبِيلِ اللهِ ، وقال لِلزَّوْجِ : جَهِّزِ امْرَأتَكَ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ : ليس له أن يَأْخُذَ من مالِ وَلَدِه إلَّا بِقَدرِ حاجَتِه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « إنَّ دِمَاءَكُمْ وأمْوالَكُمْ عَلَيْكُم حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُم هٰذَا ، فِى شَهْرِكُمْ هٰذا ، [13]فِى بَلَدِكُمْ هٰذَا[13] » مُتَّفَقٌ عليه[14] . ورَوَى الحَسَنُ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « كُلُّ أحَدٍ أحَقُّ بِكَسْبِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أجْمَعِينَ » . رَوَاه سَعِيدٌ فى « سُنَنِه »[15] . وهذا نَصٌّ . ورُوِىَ أن النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ[16] طِيبِ نَفْسِهِ » . رَوَاه الدَّارَقُطْنِىُّ[17] . ولأنَّ مِلْكَ الابنِ تامٌّ

---

(11) فى م : « من » .

(12) فى م : « ولده » .

(13 – 13) سقط من : م .

(14) تقدم تخريجه فى صفحة : 156/5 .

(15) وأخرجه البيهقى ، فى : باب من قال يجب على الرجل مكاتبة عبده ... ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى 319/10 . عن حبان بن أبى جبلة .

(16) فى م : « على » .

(17) تقدم تخريجه فى : 606/6 . ويضاف إليه : =

١٧٧/٥ و على مالِ نَفْسِه ، فلم يَجُز انْتِزَاعُه منه ، كالذى / تَعَلَّقَتْ به حاجَتُه . ولَنا ، ما رَوَتْ عائِشَةُ ، رَضِىَ الله عنها ، قالتْ : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنَّ أطْيَبَ مَا أكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُم ، وإنَّ أوْلَادَكُم مِنْ كَسْبِكُم » . أخْرَجَه سَعِيدٌ ، والتِّرمِذِىُّ[18] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . ورَوَى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : جاءَ رَجُلٌ إلى النبىِّ ﷺ ، فقال : إنَّ أبِى احْتاجَ مالِى . فقال : « أنْتَ ومَالُكَ لأبِيكَ » . رَوَاهُ الطَّبَرَانِىُّ ، فى « مُعْجَمِه »[19] مُطَوَّلًا ، ورَوَاهُ غيرُه ، وزادَ : « إنَّ أوْلَادَكُم مِنْ أطْيَبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أمْوَالِهِمْ » . ورَوَى محمدُ بن المُنْكَدِرِ ، والمُطَّلِبُ بن حَنْطَبٍ ، قال : جاءَ رَجُلٌ إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : إنَّ لِى مالًا وعِيَالًا ، ولأبِى مالٌ وعِيَالٌ ، وأبِى يُرِيدُ أن يَأْخُذَ مَالِى . فقال النبىُّ ﷺ : « أنْتَ ومالُكَ لأبِيكَ » . أخْرَجَه سَعِيدٌ ، فى « سُنَنِه »[20] . ولأنَّ اللهَ تعالى جَعَلَ الوَلَدَ مَوْهُوبًا لأبِيه ، فقال : ﴿ وَوَهَبْنَا له إسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾[21] . وقال : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى ﴾[22] . وقال زَكرِيَّا : ﴿ فَهَبْ لِى مِن لَّدُنْكَ وَلِيًّا ﴾[23] . وقال إبراهيمُ : ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى

= كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١١٣/٥ . والبيهقى ، فى : باب لا يملك أحد بالجناية شيئًا جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك ، وباب من غصب لوحًا فأدخله فى سفينة ... ، من كتاب الغصب . السنن الكبرى ٩٧/٦ ، ١٠٠ .

(١٨) تقدم تخريجه فى ٢٦٣ .

(١٩) رواه الطبرانى ، فى الكبير ٢٧٩/٧ . عن سمرة . وفى الصغير ٨/١ . عن عبد الله بن مسعود . وانظر : إرواء الغليل ٣٢٥/٣ .

كما أخرجه ، ابن ماجه ، فى : باب ما للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . وأبو داود ، فى : باب فى الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٧٩/٢ ، ٢٠٤ ، ٢١٤ .

(٢٠) وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب ما للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . والطحاوى ، فى : باب بيان مشكل ما روى أنت ومالك لأبيك . مشكل الآثار ٢٣٠/٢ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى إخباره من قال فى نفسه شعرا ... ، دلائل النبوة ٣٠٤/٦ ، ٣٠٥ .

(٢١) سورة الأنعام ٨٤ .

(٢٢) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٢٣) سورة مريم ٥ .

وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وإِسْحَاقَ ﴾[٢٤] . وما كان مَوْهُوبًا له ، كان له أخْذُ مالِه ، كعَبْدِه . وقال سُفْيانُ بن عُيَيْنةَ ، فى قولِه : ﴿ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابائِكُمْ ﴾[٢٥] . ثم ذَكَرَ بُيوتَ سائِرِ القَراباتِ إلَّا الأَوْلَادَ لم يَذْكُرْهُم ؛ لأنَّهم دَخَلُوا فى قولِه : ﴿ بُيُوتِكُمْ ﴾ . فلما كانت بُيُوتُ أَوْلادِهِم كبُيُوتِهِم ، لم يَذْكُرْ بُيُوتَ أَوْلَادِهِم . ولأنَّ الرَّجُلَ يَلِى مالَ وَلَدِه من غيرِ تَوْلِيةٍ ، فكان له التَّصرُّفُ فيه كمالِ نَفْسِه . وأمَّا أحادِيثُهُم ، فأحَادِيثُنا تَخُصُّها وتُفسِّرُها ، فإنَّ النبىَّ ﷺ جعَلَ مالَ الابنِ مالًا لأبيه ، بقوله : « أَنْتَ ومَالُكَ لأَبِيكَ » . فلا تَنافِىَ بينهما . وقوله : « أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ » . مُرْسَلٌ ، ثم هو يَدُلُّ على تَرْجيحِ حَقِّه على حَقِّه ، لا على نَفْىِ الحَقِّ بالكُلِّيَةِ ، والوَلَدُ أحَقُّ من الوالِدِ بما تَعَلَّقَتْ به حاجَتُه .

فصل : وليس لِلْوَلَدِ[٢٦] مُطَالَبةُ أبِيه بِدَيْنٍ عليه . وبه قال الزُّبَيْرُ بن بَكَّارٍ . وهو مُقْتَضَى قولِ سُفْيانَ بن عُيَيْنةَ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ : له ذلك ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثابتٌ ، فجازَتِ المُطَالَبةُ به[٢٧] ، كغيرِه . ولَنا ، أن رَجُلًا جاءَ إلى النبىِّ ﷺ بأبيه يَقْتَضِيه دَيْنًا عليه ، فقال : « أَنْتَ ومَالُكَ لأَبِيكَ » . رَوَاهُ أبو محمدٍ الخَلَّالُ بإسْنادِه[٢٨] . ورَوَى الزُّبَيْرُ بن بكارٍ ، فى كِتَابِ « المُوَفَّقِيّاتِ »[٢٩] ، بإسْنادِه ، أن
١٧٧/٥ ظ رَجُلًا اسْتَقْرَضَ من ابْنِه / مالًا ، فحَبَسَه ، فأطَالَ حَبْسَه ، فاسْتَعْدَى عليه الابنُ عَلِىَّ ابنَ أبى طالِبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وذَكَرَ قِصَّتَه فى شِعْرٍ ، فأجَابَه أبُوه بشِعْرٍ أيضا ، فقال علىٌّ رَضِىَ اللهُ عنه :

---

(٢٤) سورة إبراهيم ٣٩ .

(٢٥) سورة النور ٦١ .

(٢٦) فى الأصل : « للمرء » .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٧٣ .

(٢٩) الموفقيات ١١١ ، ١١٢ .

قد سَمِعَ القاضِى ومن رَبِّى الفَهمْ
المالُ لِلشَّيخِ جَزاءٌ بالنّعَمْ
يَأْكُلُه بِرَغْمِ أَنْفِ مَن رَغِمْ
مَنْ قال قَوْلًا غيرَ ذا فَقَدْ ظَلَمْ
وجَارَ فى الحُكْمِ وبِئْسَ ما جَرَمْ

قال الزُّبَيْرُ : إلى هذا نَذْهَبُ . ولأنَّ المالَ أحَدُ نَوْعَيِ الحُقُوقِ ، فلم يَمْلِكْ مُطَالَبَةَ أبيه بها ، كحُقُوقِ الأبدانِ . ويُفارِقُ الأبُ غيرَه ، بما ثَبَتَ له من الحَقِّ على وَلَدِه . وإن ماتَ الابْنُ ، فانْتَقَلَ الدَّيْنُ إلى وَرَثَتِه ، لم يَمْلِكُوا مُطَالبةَ الأب به ؛ لأنَّ مَوْرُوثَهُم لم يكنْ له المُطَالَبةُ ، فهم أَوْلَى . وإن ماتَ الأبُ ، رَجَعَ الابْنُ فى تَرِكَتِه بِدَيْنِه ؛ لأنَّ دَيْنَه لم يَسْقُطْ عن الأبِ ، وإنَّما تَأَخَّرَتِ المُطَالَبَةُ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا ماتَ الأبُ ، بَطَلَ دَيْنُ الابنِ . وقال فى مَن أخَذَ من مَهْرِ ابْنَتِه شيئا فأنْفَقَه : فليس عليه شىءٌ ، ولا يُؤْخَذُ من بعدِه ، وما أصابَتْ من المَهْرِ من شىءٍ بِعَيْنِه أخَذَتْه . وتَأَوَّلَ بعضُ أصْحابِنا كَلامَه على (٣٠)أنَّ له ما(٣٠) أخَذه على سَبِيلِ التَّمْلِيكِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ أخْذُه له ، وإنْفاقُه إيَّاه ، دَلِيلًا على قَصْدِ (٣١)التَّمْلِيكِ ، فيَثْبُتُ المِلْكُ(٣١) بذلك الأخْذِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ الأبُ فى مالِ الابنِ قبلَ تَمَلُّكِه ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : لا يجوزُ عِتْقُ الأبِ لِعَبْدِ ابنِه ، ما لم يَقْبِضْه . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ إبْراؤُه من دَيْنِه ، ولا هِبَتُه لمالِه ، ولا بَيْعُه له ؛ وذلك لأنَّ مِلْكَ الابنِ تامٌّ على مالِ نَفْسِه ، فصَحَّ(٣٢) تَصَرُّفُه فيه ، ويَحِلُّ له وَطْءُ جَوارِيه ، ولو كان المِلْكُ مشْتَرَكًا ، لم يَحِلَّ له الوَطْءُ ، كما لا يَجُوزُ وَطْءُ الجارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ ، وإنَّما للأَبِ انْتِزاعُه منه ، كالعَيْنِ التى

(٣٠ - ٣٠) فى الأصل : « أنه » .
(٣١ - ٣١) فى الأصل : « التملك له » .
(٣٢) فى م : « يصح » .

وَهَبَها إيّاه ، فَقبْلَ انْتِزاعِها لا يَصِحُّ تَصرُّفه ؛ لأنَّه يَتصرَّفُ فى مِلْكِ غيره بغيرِ وِلَايةٍ . وإن كان الابْنُ صَغِيرًا ، لم يَصِحَّ أيضا ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّف بما لا حَظَّ لِلصَّغِيرِ فيه ، وليس من الحَظِّ إسْقَاطُ دَيْنِه ، وعِتْقُ عَبْدِه ، وهِبَةُ مالِه .

فصل : قال أحمدُ : بين الرَّجُلِ وبين وَلَدِه رِبًا . لما ذَكَرْناه من أن مِلْكَ الابْنِ على مالِه تامٌّ . وقال : لا يَطأُ جارِيَةَ الابْنِ ، إلَّا أن يَقْبِضَها . يعنى يَتَملَّكُها . وذلك لأنَّه إذا وَطِئَها قبلَ تَمَلُّكِها ، فقد وَطِئَها وليستْ زَوْجةً ولا مِلْكَ يَمينٍ ، وإن تَملَّكَها ، لم يَحِلَّ له / وَطْؤُها حتى يَسْتَبْرِئَها ؛ لأنه ابْتِداءُ مِلْكٍ ، فوَجَبَ الاسْتِبْراءُ فيه ، كما لو اشْتَراها . وإن كان الابْنُ قد وَطِئَها ، لم تَحِلَّ له بحالٍ . وإن وَطِئَها قبلَ تَملُّكِها[٣٣] ، كان مُحَرَّمًا من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّه وَطِئَها قبلَ مِلْكِها . والثانى ، أنَّه وَطِئَها قبل اسْتِبْرائِها . وإن كان الابنُ وَطِئَها ، حُرِّمَتْ بِوَجْهٍ ثالِثٍ ، وهى أنَّها صارَتْ بمَنْزِلَةِ حَلِيلَةِ ابْنِه ، فإن فعَلَ ، فلا حَدَّ عليه ؛ لِشُبْهةِ المِلْكِ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ أضافَ مالَ الوَلَدِ إلى أبِيه ، فقال : « أنْتَ ومَالُكَ لأبِيكَ » . وإن وَلَدَتْ منه ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ، ووَلَدُه حُرٌّ ؛ لأنَّه من وَطْءٍ انْتَفَى عنه الحَدُّ لِلشُّبْهةِ ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له[٣٤] ، وليس لِلابْنِ مُطَالَبَتُه بشىءٍ من قِيمَتِها ، ولا قِيمَةِ وَلَدِها ولا مَهْرِها . وهل يُعَزَّرُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يُعَزَّرُ ؛ لأنَّه وَطِئَ وَطْأً مُحَرَّمًا ، أشْبَهَ ما لو وَطِئَ جارِيةً مُشْتَرَكَةً بينَه وبينَ غيرِه . والثانى ، لا يُعَزَّرُ ؛ لأنَّه لا يُقْتَصُّ منه بالجِنَايةِ على وَلَدِه ، فلا يُعَزَّرُ بالتَّصرُّفِ فى مالِه .

فصل : وليس لغيرِ الأبِ الأخْذُ من مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّ الخَبَرَ وَرَدَ فى الأبِ ، بقوله : « أنْتَ ومالُكَ لأبِيكَ » . ولا يَصِحُّ قِيَاسُ غيرِ الأبِ[٣٥] عليه ، لأنَّ للأبِ[٣٥] وِلَايةً على وَلَدِه ومالِه إذا كان صَغِيرًا ، وله شَفَقَةٌ تامَّةٌ[٣٦] ، وحَقٌّ مُتأكِّدٌ ، ولا يَسْقُطُ

---

(٣٣) فى م : « تملكه » .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥ – ٣٥) سقط من : م .

(٣٦) سقط من : الأصل .

مِيرَاثه بحالٍ . والأمُّ لا تأْخُذ ؛ لأنَّها لا وِلَايَةَ لها . والجَدُّ أيضا لا يَلِى على مالِ وَلَدِ ابْنِه ، وشَفَقَتُه قاصِرَةٌ عن شَفَقَةِ الأبِ ، ويُحْجَبُ به فى المِيرَاثِ ، وفى وِلَايَةِ النِّكاحِ . وغيرُهما[٣٧] من الأقارِبِ والأجانِبِ ليس لهم الأخْذُ بِطَرِيقِ التَّنبيه ؛ لأنَّه إذا امْتَنَعَ الأخْذُ فى حَقِّ الأُمِّ والجَدِّ ، مع مُشَارَكتِهما للأبِ فى بعض المَعَانِى ، فغيرُهما ممَّن[٣٨] لا يُشَارِكُ الأبَ فى ذلك أَوْلَى .

٩٣٦ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أنْ يَرْجِعَ فِى هِبَتِهِ ، وَلَا لِمُهْدٍ أنْ يَرْجِعَ فِى هَدِيَّتِه ، وَإنْ لَمْ يُثَبْ عَلَيْهَا)

يعنى وإنْ لم يُعَوَّضْ عنها[١] . وأرادَ من عَدا الأبَ ؛ لأنَّه قد ذَكَرَ أنَّ للأبِ الرُّجُوعَ ، بقوله : « أمِرَ بِرَدِّه » . فأما غيرُه فليس له الرُّجُوعُ فى هِبَتِه ولا هَدِيَّتِه . وبهذا قال الشافِعِىُّ وأبو ثَوْرٍ . وقال النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : مَنْ وَهَبَ لغير ذِى رَحِمٍ ، فله الرُّجُوعُ ، ما لم يُثَبْ عليها ، ومن وَهَبَ لذى رَحِمٍ ، فليس له الرُّجُوعُ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ بن الخَطَّابِ[٢] ، رَضِىَ اللهُ عنه ، واحْتَجُّوا بما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « الرَّجُلُ أحَقُّ بِهِبَتِهِ ، مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا » . رَوَاه ابنُ ماجه ، فى « سُنَنِه »[٣] . وبقَوْلِ عمرَ ، ولأنَّه لم يَحْصُلْ له عنها عِوَضٌ ، فجازَ له الرُّجُوعُ فيها ، كالعارِيَّة . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « العائِدُ فى هِبَتِه ، كَالْعائِدِ فى قَيْئِهِ » . وفى لَفْظٍ : « كَالْكَلْبِ يَعُودُ فى / قَيْئِهِ » . وفى رِوَايةٍ إنَّه « لَيْسَ لَنا مَثَلُ السَّوْءِ ، الْعَائِدُ فِى هِبَتِه كالْكَلْبِ يَعُودُ فى قَيْئِه » . مُتَّفَقٌ عليه[٤] ، وأيضا ١٧٨/٥ ظ

(٣٧) فى م : « وغيرها » .

(٣٨) فى م : « مما » .

(١) فى الأصل : « عليها » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٢ .

(٣) فى : باب من وهب هبة رجاء ثوابها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ .

(٤) اللفظ الأول تقدم تخريجه فى : ١٠٤/٤ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح =

قولُ النبيِّ ﷺ : « لَيْسَ لأحَدٍ أنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ، فيَرْجِعَ فِيهَا ، إلَّا الْوالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ » . وقد ذَكَرْناه(٥) . ورَوَى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه أن نَبِيَّ اللهِ ﷺ قال : « لا يَرْجِعُ واهِبٌ في هِبَتِه ، إلَّا الوالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ »(٦) . ولأنَّه واهِبٌ لا وِلَايةَ له في المالِ ، فلم يَرْجِعْ في هِبَتِه ، كذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ . وأحادِيثُنا أصَحُّ من حَدِيثهم(٧) وأَوْلَى . وقولُ عمرَ ، قد رُوِيَ عن ابْنِه وابنِ عَبَّاسٍ خِلافُه . وأمَّا العارِيَّةُ فإنَّما هي هِبَةُ المَنافِعِ ، ولم يَحْصُلِ القَبْضُ فيها . فإن قَبَضَها باسْتِيفَائِها ، فنَظِيرُ مَسْأَلَتِنا ما اسْتَوفَى من مَنَافِعِ العارِيَّة ، فإنَّه لا يجوزُ الرُّجُوعُ فيها .

فصل : فحصل الاتِّفَاقُ على أنَّ ما وَهَبَه الإنْسانُ لِذَوِي رَحِمِه المَحْرَمِ غيرِ وَلَدِه ، لا رُجُوعَ فيه . وكذلك ما وَهَبَ الزَّوْجُ لامْرَأتِه . والخِلَافُ فيما عدا هؤلاءِ ، فعندنا لا يَرْجِعُ إلَّا الوالِدُ ، وعندَهم لا يَرْجِعُ إلَّا الأجْنَبِيُّ . فأمَّا هِبَةُ المَرْأةِ لِزَوْجِها ، فعن أحمدَ فيه رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، لا رُجُوعَ لها فيها . وهذا قولُ عمرَ بن عبد العزيز ، والنَّخَعِيِّ ، ورَبِيعةَ ، ومالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والشافِعِيِّ ، وأبي ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْي . وهو قولُ عَطَاءٍ ، وقَتَادَةَ . والثانية ، لها الرُّجُوعُ . قال الأَثْرَمُ : سَمِعْتُ أحمدَ يُسْأَلُ عن المَرْأةِ تَهَبُ ، ثم تَرْجِعُ ، فرَأَيْتُه يَجْعَلُ النِّساءَ غيرَ الرِّجالِ . ثم ذَكَرَ الحَدِيثَ : « إنَّما يَرْجِعُ

= البخاري ٣/٢٠٧ . وابن ماجه ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ .

والثالث أخرجه البخاري ، في : باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفي : باب في الهبة والشفعة ، من كتاب الحيل . صحيح البخاري ٣/٢١٥ ، ٩/٣٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذي ٥/٣٠١ . والنسائي ، في : باب ذكر الاختلاف لخبر عبد الله بن عباس فيه ، من كتاب الهبة . المجتبى ٦/٢٢٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٢١٧ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/١٨٢ . والبيهقي ، في : باب من قال لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب لأحد ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ٦/١٧٩ ، ١٨٠ .

(٧) في م : « أحاديثهم » .

فى الْمَواهِبِ النِّساءُ وشِرَارُ الْأَقْوامِ »[٨] . وذَكَرَ حَدِيثَ عمرَ : إنَّ النِّسَاءَ يُعْطِينَ أَزْوَاجَهُنَّ رَغْبَةً ورَهْبَةً ، فأيُّما امْرَأةٍ أعْطَتْ زَوْجَها شَيْئًا ، ثم أرادَتْ أن تَعْتَصِرَه ، فهى أحَقُّ به . رَوَاهُ الأَثْرَمُ بإسْنادِه[٩] . وهذا قول شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِيِّ ، وحَكاهُ الزُّهْرِيُّ عن القُضَاةِ . وعن أحمدَ رِوَايةٌ أخرى ثالِثةٌ ، نَقَلَها أبو طَالِبٍ ، إذا وَهَبَتْ له مَهْرَها ، فإن كان سَأَلَها ذلك ، رَدَّهُ إليها ، رَضِيَتْ أو كَرِهَتْ ؛ لأنَّها لا تَهَبُ إلَّا مَخَافَةَ غَضَبِه ، أو [١٠] إضْرَارٍ بها [١٠] بأن يَتَزَوَّجَ عليها . وإن لم يكُنْ سَأَلَها ، وتَبَرَّعَتْ به ، فهو جائِزٌ . فظاهِرُ هذه الرِّوَايةِ ، أنَّه متى كانت مع الهِبَةِ قَرِينَةٌ ، من مَسْأَلَتِه لها ، أو غَضَبِه عليها ، أو ما يَدُلُّ على خَوْفِها منه ، فله الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ شاهِدَ الحالِ يَدُلُّ على أنَّها لم تَطِبْ بها نَفْسُها ، وإنَّما أباحَه اللهُ تعالى عندَ طِيبِ نَفْسِها ، بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾[١١] . وظاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِىِّ الرِّوايَةُ الأُولَى ، وهو اختِيارُ أبى بَكْرٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ ٱلَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾[١٢] . / وقال تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا ١٧٩/٥ و
مَرِيئًا ﴾ . وعُمُومُ الأحَادِيثِ التى قَدَّمْناهَا .

فصل : ولا يجُوزُ لِلمُتَصدِّقِ الرُّجُوعُ فى صَدَقَتِه ، فى قولِهم جميعا ؛ لأنَّ عمرَ قال فى حَدِيثِه : مَنْ وَهَبَ هِبَةً على وَجْهِ صَدَقةٍ ، فإنَّه لا يَرْجِعُ فيها[١٣] . مع عُمُومِ أحادِيثِنا ، فاتَّفَقَ دَلِيلُهُم ودَلِيلُنا ، فلذلك اتَّفَقَ قَوْلُهم وقَوْلُنا .

---

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب العائد فى هبته ، من كتاب المواهب . المصنف ١١١/٩ . والطحاوى ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الهبة والصدقة . شرح معانى الآثار ٨٢/٤ .

(٩) وأخرجه عبد الرزاق بنحوه ، فى : باب هبة المرأة لزوجها ، من كتاب المواهب . المصنف ١١٥/٩ .

(١٠ - ١٠) فى الأصل : « احتراز » .

(١١) سورة النساء ٤ .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٧ .

(١٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٢ .

فصل : والهِبَةُ المُطْلَقةُ ، لا تَقْتَضِى ثَوَابًا ، سواءٌ كانت من الإنْسانِ لمِثْلِه أو دُونه أو أعْلَى منه . وبهذا قال أبو حنيفَةَ . وقال الشافِعِىُّ فى الهِبَةِ لمِثْلِه أو دونه كقَوْلِنا . فإن كانت لأَعْلَى منه ، ففيها قَوْلَانِ ؛ أحدهما ، أنَّها تَقْتَضِى الثَّواب . وهو قول مالِكٍ ، لقولِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : ومن وَهَبَ هِبَةً أرادَ بها الثَّوابَ ، فهو على هِبَته ، يَرْجِعُ فيها إذا لم يَرْضَ منها[١٤] . ولَنا ، أنَّها عَطِيَّةٌ على وَجْهِ التَّبرُّعِ ، فلم تَقْتَضِ ثَوَابًا ، كهِبَةِ المِثْلِ والوَصِيَّةِ ، وحَدِيثُ عمرَ قد خَالَفَه ابْنُه وابنُ عَبَّاسٍ ، فإنْ عَوَّضَه عن الهِبَةِ ، كانت هِبَةً مُبْتَدأةً لا عِوَضًا ، أيُّهما أصابَ عَيْبًا لم يكُنْ له الرَّدُّ . وإن خَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً ، أخَذَها صاحِبُها ، ولم يَرْجِع المَوْهُوبُ له بِبَدَلِها . فإن شَرَطَ فى الهِبَةِ ثَوَابًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه تَمْليكٌ بِعِوَضٍ مَعْلُومٍ ، فهو كالبَيْعِ ، وحُكْمُها حُكْمُ البَيْعِ ، فى ضَمَانِ الدَّرَكِ ، وثُبُوتِ الخِيَارِ والشُّفْعةِ . وبهذا قال أصْحابُ الرأى . ولأَصْحابِ الشافِعِىِّ قولٌ ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه شَرَطَ فى الهِبَةِ ما يُنافِى مُقْتَضاها . ولَنا ، أنَّه تَمْلِيكٌ بِعِوَضٍ ، فصَحَّ ما لو قال : مَلَّكْتُكَ هذا بِدِرْهَمٍ . فإنَّه لو أطْلَقَ التَّمْلِيكَ كان هِبَةً ، وإذا ذَكَرَ العِوَضَ صارَ بَيْعًا . وقال أبو الخَطَّابِ : وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَقْتَضِى أن يَغْلِبَ فى هذا حُكْمُ الهِبَةِ ، فلا تَثْبُتُ فيها أحْكَامُ البَيْعِ المُخْتَصَّةُ به . فأمَّا إن شَرَطَ ثَوَابًا مَجْهُولًا ، لم يَصِحَّ ، وفَسَدَتِ الهِبَةُ ، وحُكْمُها حُكْمُ البَيْعِ الفاسِدِ ، يَرُدُّها المَوْهُوبُ له بزِيَادَتِها المُتَّصِلَةِ والمُنْفَصِلَةِ ؛ لأنَّه نَمَاءُ مِلْكِ الواهِبِ . وإن كانت تَالِفةً[١٥] ، رَدَّ قِيمَتَها . وهذا قولُ الشافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّها تَصِحُّ ، فإذا أعْطاه عنها عِوَضًا رَضِيَه ، لَزِمَ العَقْدُ بذلك ، فإنَّه قال ، فى رِوَايةِ محمدِ بن الحَكَمِ : إذا قال الواهِبُ : هذا لكَ على أن تُثِيبَنِى . فله أن يَرْجِعَ إذا لم يُثِبْه ، لأنَّه شَرْطٌ . وقال ، فى رِوَايةِ إسماعيلَ بن سَعِيدٍ : إذا وَهَبَ له على وَجْهِ الإثَابةِ ،

---

(١٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٢ .

(١٥) فى الأصل : « باقية » .

فلا يجوزُ إلَّا أن يُثِيبَه عنها[١٦] ، فعلى هذا عليه أن يُعْطِيَه حتى يُرْضِيَهُ ، فإن لم يَفْعَلْ فلِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ . ويَحْتَمِلُ أن يُعْطِيَه قَدْرَ قِيمَتِها . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ هذا بَيْعٌ ، فيُعْتَبَرُ فيه التَّراضِي ، إلَّا أنَّه / بَيْعٌ بالمُعَاطاةِ ، فإذا عَوَّضَه عِوَضًا رَضِيَه ، حَصَلَ البَيْعُ ١٧٩/٥ ظ
بما حَصَلَ من المُعَاطاةِ مع التَّراضِي بها ، وإن لم يَحْصُلِ التَّراضِي ، لم تَصِحَّ ؛ لِعَدَمِ العَقْدِ ، فإنَّه لم يُوجَدِ الإيجابُ والقَبُولُ ولا المُعاطَاةُ مع التَّراضِي . والأصْلُ في هذا قولُ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه : مَنْ وَهَبَ هِبَةً أرادَ بها الثَّوابَ ، فهو على هِبَتِه ، يَرْجِعُ فيها إذا لم يَرْضَ منها . ورُوِيَ مَعْنَى ذلك عن عليٍّ ، وفَضَالَةَ بن عُبَيْدٍ ، ومالِكِ بن أنَسٍ . وهو قولُ الشافِعِيِّ ، على القولِ الذي يَرَى أن الهِبَةَ المُطْلَقةَ تَقْتَضِي ثَوَابًا . وقد رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ أعْرَابِيًّا وَهَبَ للنبيِّ ﷺ ناقةً ، فأعْطاهُ ثَلاثًا فأَبَى ، فزَادَه ثَلاثًا ، فأبَى ، فزَادَه ثَلاثًا ، فلما كَمُلَتْ تِسْعًا ، قال : رَضِيتُ : فقال النبيُّ ﷺ : « لقد هَمَمْتُ أنْ لا أتَّهِبَ إلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أو أنْصارِيٍّ أو ثَقَفِيٍّ أو دَوْسِيٍّ » . من « المُسْنَدِ »[١٧] . قال أحمدُ : إذا تَغَيَّرَتِ العَيْنُ المَوْهُوبةُ بزِيَادَةٍ أو نُقْصانٍ ، ولم يُثِبْه منها، فلا أرَى عليه نُقْصانَ ما نَقَصَ عندَه إذا رَدَّه إلى صاحِبه ، إلَّا أن يكونَ ثَوْبًا لَبِسَه ، أو غُلامًا اسْتَعْمَلَه ، أو جارِيةً اسْتَخْدَمَها ، فأمَّا غيرُ ذلك إذا نَقَصَ فلا شيءَ عليه ، فكان عندي مثلَ الرَّهْنِ ، الزِّيَادَةُ والنُّقْصانُ لِصَاحِبه .

٩٣٧ – مسألة ؛ قال : (وإذَا قَالَ : دَارِي لَكَ عُمْرِي . أوْ هِيَ لَكَ عُمْرَكَ . فَهِيَ لَهُ ولِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ)

العُمْرَى والرُّقْبَى : نَوْعان من الهِبَةِ ، يَفْتَقِرَانِ إلى ما يَفْتَقِرُ إليه سائِرُ الهِبَاتِ من

---

(١٦) في الأصل : « منها » .
(١٧) المسند ٢/٢٤٧ .
كما أخرجه النسائي ، في : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٧ . وعبد الرزاق ، في : باب الهبات ، من كتاب المواهب . المصنف ٩/١٠٥ ، ١٠٦ .

الإيجابِ والقَبُولِ والقَبْضِ ، أو ما يَقُومُ مَقَامَ ذلك عندَ من اعْتَبَرَهُ . وصُورَةُ العُمْرَى أن يقولَ الرَّجُلُ : أعْمَرْتُكَ دارِى هذه ، أو هى لك عُمُرِى ، أو ما عِشْتُ ، أو مُدَّةَ حَيَاتِكَ ، أو ما حَيِيتَ ، أو نحو هذا . سُمِّيَتْ عُمْرَى لِتَقْيِيدِها بالعُمْرِ . والرُّقْبَى : أن يقولَ : أرْقَبْتُكَ هذه الدَّارَ ، أو هى لك حَيَاتَكَ ، على أنَّك إن مُتَّ قبلى عادَتْ إلىَّ ، وإن مُتُّ قَبْلَكَ فهى لك ولِعَقِبِكَ . فكأنَّه يقولُ : هى لآخِرِنَا مَوْتًا . وبذلك سُمِّيَتْ رُقْبَى ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَرْقُبُ مَوْتَ صاحِبه . وكلاهما جائِزٌ ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، وحُكِىَ عن بعضهم أنَّها لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لا تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا »[1] . ولَنا ، ما رَوَى جابِرٌ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « العُمْرَى جائِزَةٌ لأهْلِهَا ، والرُّقْبَى جائِزَةٌ لأهْلِها » . رَوَاه أبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِىُّ[2] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . فأمَّا النَّهْىُ ، فإنَّما وَرَدَ على سَبِيلِ الإعْلامِ لهم إنَّكم إن أعْمَرْتُمْ أو أرْقَبْتُم يَعُدْ لِلْمُعْمَرِ والمُرْقَبِ ، ولم يَعُدْ إليكم منه شىءٌ . وسِياقُ الحَدِيثِ يَدُلُّ عليه ، فإنَّه[3] قال : « فَمَنْ أعْمَرَ عُمْرَى ، فَهِىَ لِمَنْ أُعْمِرَها حَيًّا ومَيِّتًا وعَقِبِهِ » . ولو أُرِيدَ به حَقِيقَةُ
١٨٠/٥ و النَّهْىِ ، لم يَمْنَعْ / ذلك صِحَّتَها ؛ فإنَّ النَّهْىَ إنَّما يَمْنَعُ صِحَّةَ ما يُفِيدُ المَنْهِىُّ عنه فائِدَةً ، أمَّا إذا كان صِحَّةُ المَنْهِىِّ عنه ضَرَرًا على مُرْتَكِبِه ، لم يَمْنَعْ صِحَّتَه ، كالطَّلاقِ فى زَمَنِ الحَيْضِ ، وصِحَّةُ العُمْرَى ضَرَرٌ على المُعْمِرِ ، (٤فإنَّ مِلْكَه يَزُولُ٤) بغير عِوَضٍ . إذا

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٤ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٤ ، ٧٣ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٣٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٠١ والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٢ ، وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٩٧ ، ٣٠٣ .

(٣) فى م : « فإن » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « فإنه يزول ملكه » .

ثَبَتَ هذا ، فإنَّ العُمْرَى تَنْقُلُ المِلْكَ إلى المُعْمَرِ . وبهذا قال جابرُ بن عبدِ الله ، وابنُ عمرَ ، وابنُ عَبَّاسٍ ، وشُرَيْحٌ ، ومجاهِدٌ ، وطاوُسٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافِعِيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ ، ورُوِى ذلك عن عليٍّ . وقال مالكٌ ، واللَّيْثُ : العُمْرَى تَمْلِيكُ المَنَافِعِ ، لا تُمْلَكُ بها رَقَبَةُ المُعْمِرِ بحالٍ ، ويكون لِلْمُعْمَرِ السُّكْنَى ، فإذا ماتَ عادَتْ إلى المُعْمِرِ . وإن قال : له ولِعَقِبِه . كان سُكْناهَا لهم ، فإذا انْقَرَضُوا عادَتْ إلى المُعْمِرِ . واحْتَجَّا بما رَوَى يحيى بن سَعِيدٍ ، عن عبد الرَّحْمنِ بن القاسِمِ ، قال : سَمِعْتُ مَكْحُولًا يَسْأَلُ القاسِمَ بن محمدٍ عن العُمْرَى ، ما يقول الناسُ فيها ؟ فقال القاسِمُ : ما أدْرَكْتُ الناسَ إلَّا على شُرُوطِهِم فى أمْوالِهِم وما أَعْطَوْا . وقال إبراهيمُ بن إسحاقَ الحَرْبِىُّ ، عن ابن الأعْرابِىِّ : لم يَخْتَلِفِ العَرَبُ فى العُمْرَى ، والرُّقْبَى ، والإفْقارِ[5] ، والإخْبالِ[6] ، والمِنْحَةِ[7] ، والعَرِيَّةِ ، والعارِيَّةِ ، والسُّكْنَى ، والإطْرَاقِ ، أنَّها على مِلْكِ أرْبابِها ، ومَنَافِعُها لمن جُعِلَتْ له . ولأنَّ التَّمليكَ لا يَتَأَقَّتُ ، كما لو بَاعَهُ إلى مُدَّةٍ ، فإذا كان لا يَتَأَقَّتُ ، حُمِلَ قولُه على تَمْليكِ المنافعِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ تَوْقِيتُه . ولَنا ، ما رَوَى جابرٌ قال : قال النبىُّ ﷺ : « أمْسِكُوا عَلَيْكُم أمْوَالَكُمْ ، ولا تُفْسِدُوهَا ، فإنَّه مَنْ أعْمَرَ عُمْرَى ، فَهِىَ لِلَّذِى أُعْمِرَها حَيًّا ومَيِّتًا ولِعَقِبِه » . رَوَاه مُسْلِمٌ[8] . وفى لَفْظٍ : قَضَى رَسُولُ الله ﷺ بالعُمْرَى لمن وُهِبَتْ له . مُتَّفَقٌ عليه[9] .

---

(5) الإفقار : أن يعطى الرجل الرجل دابته ، فيركبها ما أحب فى سفر أو حضر ، ثم يردها عليه .

(6) الإخبال : أن يعطى الرجل الرجل البعير أو الناقة ليركبها ، فيجتز وبرها ، وينتفع بها ، ثم يردها .

(7) فى الأصل : « المنحره » . والمنحة : أى يمنح الرجل أخاه ناقة أو شاة ، فيحتلبها عاما أو أقل أو أكثر .

(8) أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ ، ١٢٤٧ . وأبو داود ، فى : باب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٥ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣١ . وابن ماجه ، فى : باب العمرى ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣١٢ ، ٣٨٦ .

(9) أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣/٢١٦ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العمرى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٣ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبى كثير ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣٠٤ ، ٣٩٣ .

ورَوَى ابنُ ماجه[١٠] ، عن ابن عُمَرَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا ، فَهُو لَهُ حَيَاتَهُ ومَوْتَهُ » . وعن زَيْدِ بن ثابِتٍ ، أن النبيَّ ﷺ جَعَلَ العُمْرَى لِلْوارِثِ[١١] . وقد رَوَى مالكٌ حَدِيثَ العُمْرَى ، فى « مُوَطَّئِه »[١٢] ، وهو صَحِيحٌ رَوَاه جابِرٌ ، وابنُ عمرَ ، وابنُ عَبَّاسٍ[١٣] ، ومُعَاوِيةُ ، وزَيْدُ بن ثابِتٍ ، وأبو هُرَيْرةَ[١٤] . وقول القاسِمِ لا يُقْبَلُ فى مُخَالَفَةِ مَنْ سَمَّيْنا من الصَّحَابةِ والتَّابِعِينَ ، فكيف يُقْبَلُ فى مُخَالَفةِ قولِ[١٥] سَيِّدِ المُرْسَلِينَ ، ولا يَصِحُّ أن يُدَّعَى إجْمَاعُ أهْلِ المَدِينَةِ ، لِكَثْرةِ من قال بها منهم ، وقَضَى بها طارِقٌ[١٦] بالمَدِينةِ بأَمْرِ عبد المَلِكِ بن مَرْوَانَ . وقولُ ابن الأعْرَابِىِّ : إنَّها عندَ العَرَبِ تَمْلِيكُ المَنافِعِ . لا يَضُرُّ إذا نَقَلَها الشَّرْعُ إلى تَمْلِيكِ الرَّقَبةِ ، كما نَقَلَ الصَّلَاةَ من الدُّعاءِ إلى الأفْعالِ المَنْظُومَةِ ، ونَقَلَ الظِّهَارَ والإيلاءَ من الطَّلَاقِ إلى أحْكَامٍ مَخْصُوصَة . قولُهم : إنَّ / التَّمْلِيكَ لا يَتَأَقَّتُ . قُلْنا : ٥/١٨٠ ظ
فلذلك أبْطَلَ الشَّرْعُ تَأْقِيتَها ، وجَعَلَها تَمْلِيكًا مُطْلَقًا .

---

(١٠) فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٤ ، ٧٣ .

(١١) أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى ، ومن كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٢٨ ، ٢٢٩ . وابن ماجه ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١٨٩ .

(١٢) فى : باب القضاء فى العمرى ، من كتاب الأقضية ، الموطأ ٢/٧٥٦ .

(١٣) أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى ، ومن كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٢٧ ، ٢٢٩ .

(١٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى والرقبى ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣/٢١٦ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٨ . وأبو داود ، فى : باب فى العمرى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٣ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبى كثير ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٥ .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) هو طارق بن عمرو مولى عثمان . انظر أخبار القضاة لوكيع ١/١٢٤ .

فصل : إذا شَرَطَ فى العُمْرَى أنَّها لِلْمُعْمَرِ وعَقِبه ، فهذا تأْكِيدٌ لِحُكْمِها ، وتكون لِلْمُعْمَرِ ووَرَثَتِه . وهذا قول جَمِيعِ القائِلِين بها . وإذا أطْلَقَها فهى لِلْمُعْمَرِ وورَثَتِه أيضا ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ لِلرَّقَبةِ ، فأشْبَهَتِ الهِبَةَ . فإن شَرَطَ أنَّك إذا مُتَّ فهى لِى . فعن أحمدَ رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، صِحَّةُ العَقْدِ والشَّرْطِ ، ومتى ماتَ المُعْمَرُ رَجَعَتْ إلى المُعْمِرِ . وبه قال القاسِمُ بن محمدٍ ، وزَيْدُ بن قسيطٍ[17] ، والزُّهْرِىُّ ، ومالِكٌ ، وأبو سَلَمةَ بن عبد الرَّحْمنِ ، وابنُ أبى ذِئْبٍ[18] ، ومالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداوُدُ . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافِعِىِّ ؛ لما رَوَى جابرٌ ، قال : إنَّما العُمْرَى التى أجازَ رسولُ الله ﷺ أن يقول : هى لكَ ولِعَقِبِكَ . فأمَّا إذا قال : هى لكَ ما عِشْتَ . فإنها تَرْجِعُ إلى صاحِبِها . مُتَّفَقٌ عليه[19] . ورَوَى مالِكٌ ، فى « مُوَطَّئِه »[20] ، عن جابرٍ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « أيُّمَا رَجُلٍ أعْمَرَ عُمْرَى لَهُ ، ولِعَقِبه ، فَإنَّها لِلَّذِى أُعْطِيَهَا ، لا تَرْجِعُ إلَى الَّذِى أعْطَاهَا » . لأنَّه أعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فيه المَوارِيثُ . وقال القاسِمُ بن محمدٍ : ما أدْرَكْتُ الناسَ إلَّا على شُرُوطِهم فى أمْوالِهم . والرواية الثانية ، أنَّها تكون لِلْمُعْمَرِ ولِوَرَثَتِه ، ويَسْقُطُ الشَّرْطُ . وهذا قول الشافِعِىِّ الجَدِيدِ ، وقول أبى حنيفةَ . وهو ظاهِرُ المَذْهَبِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى طَالِبٍ ؛ للأحادِيثِ المُطْلَقةِ التى ذَكَرْناها ، وقولِ رسولِ الله ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ فِى حَيَاتِه ومَوْتِهِ » . وقال

---

(١٧) فى ا ، م : « زيد » . وانظر : الإكمال ٧/٣٣٩ .

(١٨) فى الأصل : « ذؤيب » .

(١٩) أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٩٤ .

ولم نجده فى البخارى : انظر الإرواء ٦/٥٥ ، واللؤلؤ والمرجان ٢/١٨٦ .

(٢٠) فى : باب القضاء فى العمرى ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٦ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات ، صحيح مسلم ٣/١٢٤٥ . وأبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/٩٩ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على الزهرى فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣٦٠ ، ٣٩٩ .

مجاهِدٌ : الرُّقْبَى أن يقول هى للآخِر مِنِّى ومِنْكَ مَوْتًا . ورَوَى الإمامُ أحمدُ[٢١] ، بإسْنادِه ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا عُمْرَى ، ولَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا ، أو أُرْقِبَهُ ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ ومَوْتَهُ » . وهذا صَرِيحٌ فى إبْطالِ الشَّـرْطِ ؛ لأنَّ الرُّقْبَى يُشْتَرَطُ فيها عَوْدُها إلى المُرْقِبِ إن ماتَ الآخَرُ قَبْلَه . وأمَّا حَدِيثُهم الذى احْتَجُّوا به ، فمن قولِ جابرٍ نَفسِه ، وأمَّا نَقْلُ لَفْظِ النبىِّ ﷺ قال : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، ولَا تُفْسِدُوهَا ، فإنَّه مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِىَ لِلَّذِى أُعْمِرَهَا ، حَيًّا ومَيِّتًا ، ولِعَقِبِهِ » . ولأنَّا لو أجَزْنا هذا الشَّـرْطَ ، كانت هِبَةً مُؤَقَّتَةً ، والهِبَةُ لا يجوزُ فيها التَّأْقِيتُ[٢٢] ، ولم يُفْسِدْها الشَّرْطُ ؛ لأنَّه ليس بِشَرْطٍ على المُعْمَرِ ، وإنَّما شَرْطُ ذلك على وَرَثَتِه ، ومتى لم يكُنِ الشَّـرْطُ مع المَعْقُودِ معه ، لم يُؤَثِّرْ فيه . وأمَّا قولُه فى الحَدِيثِ الآخَرِ : إنَّه

١٨١/٥ و أعْطَى عَطاءً وَقَعَتْ فيه المَوارِيثُ ./فهذه الزِّيَادَةُ من كلامِ أبى سَلَمةَ بن عبد الرحمنِ ، كذلك رَوَاه ابنُ أبى ذِئْبٍ[٢٣] ، وفَصَّلَ هذه الزِّيَادَةَ فقال عن النبىِّ ﷺ ، إنَّه قَضَى فى مَن أُعْمِرَ عُمْرَى له ولِعَقِبِه ، فهى له بَتْلَةً[٢٤] ، لا يَجُوزُ لِلْمُعْطِى فيها شَرْطٌ ولا مَثْنَوِيَّةٌ[٢٥] . قال أبو سَلَمةَ : لأنَّه أعْطَى عَطاءً وَقَعَتْ فيه المَوارِيثُ .

فصل : والرُّقْبَى هى أن يقول : هذا لك عُمُرَكَ ، فإن مِتَّ قَبْلِى رَجَعَ إلَىَّ ، وإن مُتُّ قَبْلَكَ فهو لك . ومَعْناه هى لآخِرِنا مَوْتًا . وكذلك فَسَّرَها مجاهِدٌ . سُمِّيَتْ رُقْبَى لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَرْقُبُ مَوْتَ صاحِبِه . وقد رُوِىَ عن أحمدَ أنَّه قال : هى أن يقولَ : هى لك حَيَاتَكَ ، فإذا مُتَّ فهى لِفُلانٍ ، أو هى راجِعَةٌ إلَىَّ . والحُكْمُ فيها على ما تَقَدَّمَ

---

(٢١) فى : المسند ٢/٣٤ ، ٧٣ .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فى الأصل : « ذؤيب » .

وأخرج الحديث مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ . والنسائى ، فى باب ذكر الاختلاف على الزهرى فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٣ .

(٢٤) بتلة : مقطوعة .

(٢٥) المثنوية : الاستثناء .

ذِكْرُه ، وأنَّها كالعُمْرَى إذا شَرَطَ عَوْدَها إلى المُعْمِرِ . وقال عليٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : العُمْرَى والرُّقْبَى سواءٌ . وقال طاوُسٌ : مَن أُرْقِبَ شيئًا فهو على سَبِيلِ المِيرَاثِ . وقال الزُّهْرِىُّ : الرُّقْبَى وَصِيَّةٌ . يعنى أنَّ مَعْناها إذا مُتُّ فهذا لك . وقال الحَسَنُ ، ومالِكٌ ، وأبو حَنِيفةَ : الرُّقْبَى باطِلَةٌ ؛ لما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ أجازَ العُمْرَى ، وأبْطَلَ الرُّقْبَى[٢٦] . ولأنَّ مَعْناها أنَّها للآخِرِ مِنَّا ، وهذا تَمْليكٌ مُعَلَّقٌ بِخَطَرٍ ، ولا يجوزُ تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بالخَطَرِ . ولَنا ، ما رَوَيْناه من الأخْبارِ ، وحَدِيثُهُم لا نَعْرِفُه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ مَعْناها ما ذَكَرُوه ، بل مَعْناها أنَّها لك حَياتَكَ ، فإن مُتَّ رَجَعَتْ إلىَّ . فتكونُ كالعُمْرَى سواءً ، إلَّا أنه زادَ شَرْطَها لِوَرَثَةِ المُرْقَبِ ، إن ماتَ المُرْقَبُ قبلَه ، وهذا يُبَيِّنُ تأْكِيدَها على العُمْرَى .

فصل : وتَصِحُّ العُمْرَى فى غيرِ العَقَارِ ، من الحَيَوانِ ، والنَّباتِ[٢٧] ؛ لأنَّها نَوْعُ هِبَةٍ ، فصَحَّتْ فى ذلك ، كسائِرِ الهِبَاتِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ فى الرَّجُلِ يُعْمِرُ الجارِيَةَ : فلا أرَى له وَطْأها . قال القاضِى : لم يَتَوَقَّفْ أحمدُ عن وَطْءِ الجارِيَةِ لِعَدَمِ المِلْكِ فيها ، لكنْ على طَرِيقِ الوَرَعِ ؛ لأنَّ الوَطْءَ اسْتِباحَةُ فَرْجٍ ، وقد اخْتُلِفَ فى صِحَّةِ العُمْرَى ، وجَعَلَها بعضُهم تَمْلِيكَ المنافِعِ ، فلم يَرَ له وَطْأَها لهذا ، ولو وَطِئَها كان جائزًا .

---

(٢٦) حديث إجازة العمرى ، أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى العمرى ، وباب من قال فيه : ولعقبه ، وباب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ ، ٢٦٤ ، ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، وباب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٩٩/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٠/١ ، ٣٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٦٨ ، ٤٨٩ ، ٢٩٧/٣ ، ٣٠٣ ، ٣١٩ ، ٣٦١ ، ٣٦٤ ، ٣٩٢ .

وحديث النهى عن الرقبى . أخرجه النسائى ، فى : باب الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى . المجتبى ٢٢٧/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦/٢ ، ٣٤ ، ٧٣ ، ١٨٩/٥ .

(٢٧) فى م : « والثياب » .

فصل : وإن وَقَّتَ الهِبَةَ إلى غيرِ العُمْرَى والرُّقْبَى ، فقال : وَهَبْتُكَ هذا لِسَنَةٍ ، أو إلى أن يَقْدَمَ الحاجُّ ، أو إلى أن يَبْلُغَ وَلَدِى ، أو مُدَّةَ حَيَاةِ فُلانٍ . ونحو هذا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها تَمْليكٌ لِلرَّقَبةِ ، فلم تَصِحَّ مُؤَقَّتةً ، كالبَيْعِ ، وتُفارِقُ العُمْرَى والرُّقْبَى ؛ لأنَّ الإِنْسانَ إنَّما يَمْلِكُ الشيءَ عُمْرَه ، فإذا مَلَّكَه عُمْرَه فقد وَقَّتَه بما هو مُؤَقَّتٌ به فى الحَقِيقةِ ، فصارَ ذلك كالمُطْلَقِ . وإن شَرَطَ رُجُوعَها إليه بعدَ ذلك ، كان شَرْطًا على غير المَوْهُوبِ / له ، بخِلَافِ غيرِه . ١٨١/٥ ظ

٩٣٨ – مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ قَالَ : سُكْنَاهَا لَكَ عُمُرَكَ . كَانَ لَهُ أَخْذُهَا أَىَّ وَقْتٍ أَحَبَّ ؛ لأَنَّ السُّكْنَى لَيْسَتْ كالعُمْرَى والرُّقْبَى**)

أمَّا إذا قال : سُكْنَى هذه الدَّار لك عُمُرَكَ ، أو اسْكُنْها[1] عُمُرَكَ . أو نحو ذلك ، فليس ذلك بعَقْدٍ لازِمٍ ؛ لأنَّه فى التَّحْقِيقِ هِبَةُ المَنافِعِ ، والمَنافِعُ إنَّما تُسْتَوْفَى بمُضِىِّ الزَّمانِ شيئا فشيئا ، فلَا تَلْزَمُ إلَّا فى قَدْرِ ما قَبَضَه منها واسْتَوْفاه بالسُّكْنَى . ولِلْمُسْكِنِ الرُّجُوعُ متى شاءَ ، وأيُّهما ماتَ بَطَلَتِ الإِباحَةُ . وبهذا قال أكْثَرُ العُلَماءِ ، وجَماعَةُ أَهْلِ الفَتْوَى ، منهم ؛ الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّورِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْى . ورُوِى مَعْنَى ذلك عن حَفصَةَ . وقال الحَسَنُ ، وعَطَاءٌ ، وقَتَادَةُ : هى كالعُمْرَى ، تكونُ له ولِعَقِبِه ؛ لأنَّها فى مَعْنَى العُمْرَى ، فيَثْبُتُ فيها مثل حُكْمِها . وحُكِىَ عن الشَّعْبِىِّ أنَّه إذَا قال : هى لك ، اسْكُنْ حتى تَمُوتَ . فهى له حَيَاتَه ومَوْتَه . وإن قال : دَارِى هذه اسْكُنْها حتى تَمُوتَ . فإنَّها تَرْجِعُ إلى صَاحِبِها ؛ لأنَّه إذا قال : هى لك . فقد جَعَلَ له رَقَبَتَها ، فتكون عُمْرَى . فإذا قال : اسْكُنْ دارِى هذه . فإنَّما جَعَلَ له نَفْعَها دون رَقَبَتِها ، فتكو ن عارِيَّةً . ولَنا ، أنَّ هذا إباحَةُ المَنافِعِ ، فلم يَقَعْ لازِمًا كالعارِيَّةِ . وفارَقَ العُمْرَى فإنَّها هِبَةٌ لِلرَّقَبةِ . فأمَّا إذا قال : هذه لك ، اسْكُنْها حتى تَمُوتَ . فإنَّه يَحْتَمِلُ[2] لك سُكْنَاها حتى تَمُوتَ .

---

(١) فى الأصل : « أسكنتها » .

(٢) فى الأصل : « يحصل » .

وتَفْسِيرُها بذلك دَلِيلٌ على أنَّه أرادَ السُّكْنَى ، فأشْبَهَ ما لو قال : هذه لك سُكْنَاها . وإذا احْتَمَلَ أن يُرِيدَ به الرَّقَبَةَ ، واحْتَمَلَ أن يُرِيدَ السُّكْنَى ، فلا نُزِيلُ مِلْكَه بالاحْتِمالِ .

فصل : إذا وَهَبَ هِبَةً فاسِدَةً ، أو باعَ بَيْعًا فاسِدًا ، ثم وَهَبَ تلك العَيْنَ ، أو باعَها بِعَقْدٍ صَحِيحٍ ، مع عِلْمِه بِفَسَادِ الأوَّلِ ، صَحَّ العَقْدُ الثانى ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فى مِلْكِه ، عالِمًا بأنَّه مِلْكُه . وإن كان يَعْتَقِدُ صِحَّةَ العَقْدِ الأوَّلِ ، ففى صِحَّةِ الثانى وَجْهانِ ؛ أحدهما ، صَحَّتُه ؛ لأنَّ تَصَرُّفَه صادَفَ مِلْكَه ، وتَمَّ بشُرُوطِه ، فصَحَّ ، كما لو عَلِمَ فسَادَ الأوَّلِ . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يَعْتَقِدُ فَسَادَه ، فَفَسَدَ [3] ، كما لو صَلَّى يَعْتَقِدُ أنَّه مُحْدِثٌ ، فبانَ مُتَطَهِّرًا . وهكذا لو تَصَرَّفَ فى عَيْنٍ يَعْتَقِدُ أنَّها لأبِيه ، فبانَ أنَّه قد ماتَ ومَلَكَها بالمِيراثِ ، أو غَصَبَ عَيْنَها فباعَها يَعْتَقِدُها مَغْصُوبةً ، فبانَ أنَّها مِلْكُه ، فعلى الوَجهَيْنِ . قال القاضى : أصْلُ الوَجْهَيْنِ مَن باشَرَ امْرَأةً بِطَلَاقٍ يَعْتَقِدُها أجْنَبِيَّةً ، فبانَتِ امْرَأَتُه ، أو واجَه بالعِتْقِ مَن /يَعتَقِدُها حُرَّةً ، فبانَتْ أمَتُه ، ففى ١٨٢/٥ و
وُقُوعِ الطَّلَاقِ والحُرِّيَّةِ رِوَايتانِ . ولِلشّافِعِيَّةِ فى هذه المَسَائِلِ وَجْهانِ ، كما حَكَيْنا . واللهُ أعلمُ .

(٣) فى النسخ : « ففسده » .